# EL ARTE DE LA MEDIACIÓN

## Argumentación, negociación y mediación

Josep Aguiló Regla

EDITORIAL TROTTA

El arte de la mediación

El arte de la mediación.
Argumentación, negociación y mediación

Josep Aguiló Regla

E D I T O R I A L  T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2015
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Josep Aguiló Regla, 2015

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-582-0

# ÍNDICE

*Presentación* ..... 9

I. SOBRE LA ARGUMENTACIÓN ..... 15
1. Un tópico equivocado sobre las relaciones entre negociación y argumentación ..... 15
2. ¿Qué es argumentar? Concepto y concepciones de la argumentación ..... 19
3. Argumentar es... (de las concepciones a las dimensiones) ..... 20
3.1. Argumentar es deducir ..... 22
3.2. Argumentar es fundamentar ..... 24
3.3. Argumentar es (con)vencer ..... 26
4. De nuevo sobre las relaciones entre negociación y argumentación ..... 28

II. CUATRO MODOS DE DEBATIR ..... 31
1. Introducción ..... 31
2. Debatir es... ..... 33
2.1. Debatir es combatir ..... 35
2.2. Debatir es competir ..... 36
2.3. Debatir es explorar y/o diagnosticar ..... 38
2.4. Debatir es construir ..... 42
3. Los cuatro tipos ideales de debate. Cuadro y resumen ..... 45
4. Transiciones e institucionalización de los debates ..... 48
5. ¿Y la negociación? ¿Dónde encaja? ..... 50

III. SOBRE LA NEGOCIACIÓN ..... 57
1. Introducción ..... 57
2. Sobre acuerdos y decisiones ..... 58
3. El concepto de negociación ..... 61

4. Negociación, conflicto y cooperación ..... 64
5. Dos formas de negociar ..... 70
6. Negociación y debate negocial ..... 73
7. La calidad de un acuerdo-decisión: acuerdo, convicción e imposición ..... 81
8. ¿Qué ocurre con las amenazas? ¿Y con las ofertas? ..... 83
9. Poder y poder negocial ..... 89
10. Recapitulación ..... 91

IV. SOBRE LA MEDIACIÓN ..... 97
1. Introducción. Sobre mediación y Derecho ..... 97
2. El sentido de la mediación ..... 103
3. Los contextos de entrada a la mediación ..... 107
4. Máximas para el mediador/máximas de la mediación ..... 112
1. El debate negocial mediado debe ser objetual, no actoral ..... 112
2. El mediador debe contribuir a aclarar la naturaleza del conflicto de que se trata ..... 114
3. Los movimientos requieren argumentos ..... 116
4. La superación de las situaciones de *impasse* negocial requiere transitar de la controversia a la deliberación..... 118
5. Los principios deontológicos de neutralidad y de imparcialidad ..... 119
6. El «arte» de la mediación ..... 125

*Bibliografía* ..... 131

# PRESENTACIÓN

El propósito central de este libro es desentrañar en qué consiste una buena mediación. Versa, por tanto, sobre la mediación; pero el libro huye de tres tipos de discursos que resultan muy comunes cuando se habla de mediación. No es, en primer lugar, un trabajo teórico que trate de ubicar la mediación dentro del género «técnicas de resolución de conflictos». Se abordarán bastantes cuestiones conceptuales, pero el libro no va de eso. El lector no encontrará aquí respuestas a preguntas tales como cuáles son las fronteras entre la conciliación y la mediación, ni nada por el estilo. El libro presupone que ya se tiene construida una imagen relativamente clara de la mediación. Tampoco se trata de un libro «especificacionista» (perdón por la palabra) en el que se traza el mapa de la mediación a partir de dar cuenta del sinfín de peculiaridades que puede presentar la mediación en cada uno de los diferentes campos de la vida social en los que se aplica. No hay respuestas a preguntas tales como qué diferencias presenta la mediación en un conflicto mercantil frente a la mediación en un conflicto familiar, o frente a un conflicto hospitalario, o frente a un conflicto internacional, etc. Habrá ejemplos de conflictos mercantiles y de conflictos familiares, pero en absoluto hay algo así como un mapa de los distintos campos o ámbitos de la mediación. Finalmente, el libro tampoco es un trabajo de «política» de gestión de los conflictos; y, por tanto, el lector no encontrará nada parecido a un discurso sobre la utilidad de la mediación frente a otras técnicas de intervención. Por ejemplo, no hay un argumentario en favor de la mediación frente a la jurisdicción; ni en favor de la mediación como un instrumento útil para conseguir la desjudicialización de muchos asuntos y así aliviar la sobrecarga de la jurisdicción, etc. No hay nada por el estilo porque el libro no versa sobre la «bondad *de* la mediación».

El tema del libro es el de la «bondad *en* la mediación». Ahora bien, el lector convendrá conmigo en que no es posible avanzar en la cuestión de la calidad en la mediación sin una cabal y profunda comprensión de la misma. En este sentido, el libro aborda algunas cuestiones de fundamentación de la mediación y se hace portador de una determinada manera de concebirla; en particular, asume una concepción argumentativa. A partir de ahí, el planteamiento del libro es muy claro; límpido, me atrevería a decir: para entender bien la mediación, hay que entender bien la negociación; y para entender bien la negociación, hay que entender bien los aspectos argumentativos de la misma. Si se invierte el orden de los términos usados en el planteamiento, se obtiene naturalmente el itinerario expositivo y la estructura del libro: primero, la argumentación (capítulos I y II); segundo, la negociación (capítulo III); y tercero, la mediación (capítulo IV).

El capítulo I («Sobre la argumentación») está destinado a suministrar al lector una visión de la argumentación que haga justicia a la riqueza y complejidad del fenómeno argumentativo. Ello es necesario para poder romper un tópico muy extendido y completamente equivocado (un prejuicio, en definitiva) que viene a sostener que «argumentación» y «negociación» son dominios no solo totalmente diferentes, sino incluso incompatibles. «Se argumenta o se negocia, pero no se hacen las dos cosas al mismo tiempo», diría el tópico. Para romperlo, hay que modificar esquemas. Así, partiendo de una determinada concepción de la argumentación que permite distinguir entre las dimensiones formal, material y pragmática de la argumentación, se viene a sostener que argumentar puede consistir en tres actividades diferentes: argumentar es deducir, argumentar es fundamentar y argumentar es (con)vencer. Una vez trazado el cuadro, no es difícil mostrar que la argumentación tomada desde su dimensión pragmática comparte con la negociación dos propiedades esenciales. En efecto, ambas presuponen una *relación social* en la que los movimientos de los sujetos adquieren su sentido por el propósito de alcanzar un *acuerdo*. A partir de ahí, puede empezar a dibujarse la hipótesis de la negociación como un debate.

El capítulo II («Cuatro modos de debatir») se olvida transitoriamente de la negociación y de la mediación, y trata de perfilar cuatro tipos ideales de debate que pueden aislarse a partir de la variable conflicto/cooperación entre los sujetos de la relación social. Para explicar estos cuatro tipos de debate, se recurre a cuatro metáforas: debatir es combatir, es competir, es explorar y es construir. El resultado es que se dibujan con bastante precisión cuatro formas de debatir: la disputa (debate actoral y conflictivo), la controversia (debate temático y conflictivo), la delibera-

ción (debate temático y cooperativo) y el consenso o debate consensual (debate actoral y cooperativo). Una vez trazado este mapa se retoma la hipótesis de la negociación como un debate. La conclusión a la que se llega en este punto es que no se puede aislar la negociación como un tipo diferenciado de debate a partir de la variable conflicto/cooperación, pero que todos los tipos antes aislados son relevantes para dar cuenta de la negociación como un debate.

El capítulo III («Sobre la negociación») está destinado a mostrar la fertilidad del enfoque argumentativo en la comprensión de la negociación. Naturalmente, no se sostiene ni mucho menos que la negociación quede reducida a argumentación. Pero la tesis central y que impregna fuertemente todo el capítulo es que la negociación es el debate que tiene lugar en el marco institucional creado para alcanzar cierto tipo de *acuerdos-decisión*. El capítulo se detiene en un sinfín de cuestiones relevantes para una cabal comprensión de la negociación y que, me parece, acaban configurando una visión relativamente alternativa.

Finalmente, el capítulo IV («Sobre la mediación») viene a ser el receptor de todo lo construido anteriormente. Se trata de articular una concepción de la mediación coherente con la visión construida de la negociación. Si la negociación se entiende como el debate orientado a alcanzar un acuerdo, la mediación no es nada distinto de la intervención de un tercero imparcial y neutral que trata de canalizar y controlar ese debate. El papel del mediador consiste esencialmente en hacer posible el debate negocial y sobre todo en procurar incrementar la calidad del mismo. La calidad de la intervención del mediador será una variable dependiente de la calidad que haya sido capaz de transmitir al debate negocial. La medida de una mala mediación la da no tanto la falta de acuerdo cuanto la falta de acuerdo por falta de exploración entre las partes, por déficit de calidad del debate negocial. El capítulo culmina con un catálogo de máximas para el mediador y con un análisis de los principios deontológicos de imparcialidad y de neutralidad.

Este libro es el producto de haber impartido el módulo «Negociación y argumentación» durante bastantes años en el Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y de haber participado como profesor en el Máster en Mediación Familiar, Civil y Mercantil y en el Marco de Organizaciones Complejas. Una de las cuestiones que con más énfasis he tratado de transmitir en esas clases es la siguiente. Las concepciones meramente estratégicas de la negociación dan cuenta de aspectos muy importantes de la negociación, en general, y de muchas negociaciones, en particular. Pero no son toda la verdad sobre la nego-

ciación. En las negociaciones en las que aparentemente «solo importan los movimientos» ocurre que —como en tantas otras ocasiones— los argumentos, en realidad, están implícitos. La negociación, el debate negocial, solo se entiende a partir de una combinación de movimientos y de argumentos[1]. Este planteamiento es fundamental para poder conectar nuestra concepción de la negociación con nuestra concepción de la mediación. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que si uno cree que la negociación es un puro dominio estratégico en el que solo importan los movimientos, entonces no se ve qué papel pueda jugar el mediador. El papel del mediador empieza a entenderse correctamente una vez que uno se da cuenta de que no consiste en influir en los movimientos de las partes (lo que supondría vulnerar su deber de neutralidad), sino en controlar el debate que rodea esos movimientos.

El libro pretende ser claro, muy claro; pero en absoluto superficial. Los mayores esfuerzos se han invertido en conseguir explicar muchas cosas (son muchos los temas tratados) sin incurrir en simplificaciones excesivas (no se ha rehuido la complejidad de ningún asunto) y con gran economía de recursos (procurando sintetizar al máximo). Naturalmente, no me corresponde a mí determinar en qué medida se han alcanzado esos objetivos. Pero creo que puedo hacer dos afirmaciones sin violar el deber de restricción autolaudatoria. La primera es que el libro no incurre en absoluto en el vicio del academicismo; no está escrito para que lo lean solo los «colegas» de la universidad, ni para que se reconozcan en él, ni para quedar bien ante ellos. La segunda es que el libro puede resultar interesante para un público muy amplio y con una gran variedad de intereses. Quien tenga interés en la mediación, encontrará expuesta una concepción relativamente diferente de la estándar; quien se interese por la negociación, hallará una revisión profunda de las relaciones entre negociación y argumentación; y, finalmente, quien se interese por la argumentación, encontrará una ampliación de la misma a algunos dominios que en general resultaban ignorados.

Quiero agradecer a mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante la ayuda que desde hace tantos años me han prestado en todas mis actividades académicas. En relación con la elaboración de este libro quiero mencionar especialmen-

1. El error es semejante a creer que se puede dar cuenta del debate legislativo tomando en consideración exclusivamente, por ejemplo, la noción de enmienda legislativa. El debate legislativo es una combinación de movimientos (por ejemplo, presentar una enmienda) y de argumentos (argumentos destinados a justificar y a persuadir).

te a Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Daniel González Lagier, Macario Alemany, Victoria Roca, Jesús Vega, Hugo Ortiz y Alí Lozada. Unos han leído algunas partes del texto y/o han asistido a exposiciones orales de los capítulos, y otros lo han leído al completo. Todos ellos me han hecho sugerencias, han evitado errores y me han animado a continuar. También quiero mencionar especialmente a dos personas: a Soledad Ruiz de la Cuesta, compañera de la Facultad de Derecho de Alicante, que fue la primera lectora del original al completo y cuyo juicio favorable me animó definitivamente a publicarlo; y a Juan Ramón de Páramo con quien he compartido múltiples sesiones de discusión sobre argumentación y negociación en el Máster de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante.

# Capítulo I

# SOBRE LA ARGUMENTACIÓN

## 1. UN TÓPICO EQUIVOCADO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE NEGOCIACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Una de las tesis centrales de este libro es que la negociación se entiende mejor si se la estudia desde la argumentación. Según esta tesis, el enfoque argumentativo resulta especialmente luminoso por la sencilla razón de que la negociación no es nada distinto de un debate, de un debate orientado a alcanzar un acuerdo negociado. Sin embargo, esta tesis no es muy popular. En realidad, hay una acusada tendencia a pensar que «negociación» y «argumentación» pertenecen a dominios diferentes y que, en consecuencia, mantienen unas relaciones teóricas y conceptuales más bien distantes. En ocasiones, incluso se llega a pensar que entre negociación y argumentación se da una suerte de contradicción, de forma que si alguien afirma, por ejemplo, que X es un caso de negociación, entonces de ello se infiere que no puede sostener que X es un caso de argumentación; y viceversa. No es difícil hacer la glosa de este planteamiento tan común y tan extendido. El siguiente cuadro recoge un conjunto de tópicos (lugares comunes) que ilustran bien la —en mi opinión, equivocada— tesis de la separación conceptual entre negociación y argumentación.

| NEGOCIACIÓN | ARGUMENTACIÓN |
|---|---|
| Es un procedimiento cuyo sentido es *intercambiar* preferencias. | Es un procedimiento orientado a *transformar* preferencias. |
| Versa sobre *intereses*. | Versa sobre *razones*. |

| NEGOCIACIÓN | ARGUMENTACIÓN |
|---|---|
| Es una cuestión de voluntad. | Es una cuestión de verdad o de corrección. |
| La racionalidad implicada es *estratégica* (negociar es un juego estratégico orientado al *éxito* propio). | La racionalidad implicada es *comunicativa* (argumentar es un juego orientado al entendimiento entre los sujetos, a *entenderse*). |
| En la negociación, los actores son *parciales*. Persiguen únicamente sus propios intereses. | En la argumentación, los actores incorporan una pretensión de corrección, de *imparcialidad*. Las razones son razones para todos |
| Presupone un contexto de *conflicto*. | Presupone un contexto de *cooperación*. |
| Las *amenazas* son un *componente* natural de la negociación. | Las *amenazas* son totalmente *incompatibles* con la argumentación. |

Y así podríamos seguir glosando la incompatibilidad entre negociación y argumentación, pero ello solo sería insistir en el error. En mi opinión, esta forma de abordar la cuestión de las relaciones entre negociación y argumentación es totalmente desafortunada porque no hace justicia a la complejidad de ninguno de los dos fenómenos.

El tópico de la incompatibilidad en su versión más tosca acaba construyendo dos *caricaturas* asimétricas. La caricatura de la negociación tiende a presentarla como un procedimiento descarnado y envilecido en el que solo los «necios» reservan un hueco para los principios, las razones y la imparcialidad. Y la caricatura de la argumentación tiende a presentarla como un procedimiento idealizado y ennoblecido en el que solo los «miserables» se mueven por preferencias e intereses de parte. Según esto, quienes negocian adoptarían una actitud interna básicamente egoísta que no excluiría la posibilidad del recurso a la amenaza. Por el contrario, quienes argumentan adoptarían una actitud interna imparcial que excluiría por completo la sola persecución del autointerés y el recurso a la amenaza y/o la coacción.

En su versión más refinada, la tesis de la separación entre negociación y argumentación ha sido formulada por Jon Elster[1] y ha tenido una honda

1. Lo que viene a continuación está casi literalmente extraído del «Conceptual Background» incluido en J. Elster, «Introduction», en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 5 ss.

repercusión en todo el ámbito de las ciencias sociales. Este autor viene a sostener que, excluida la violencia como medio, cuando un grupo de personas tiene que tomar una decisión sobre materias que les conciernen a todos y cuando se da la circunstancia de que al principio hay poco consenso entre ellos, ese grupo de personas puede proceder de tres maneras diferentes: *argumentando*, *negociando* y *votando* (o de acuerdo a una combinación de ellas: argumentando y votando, negociando y votando, etc.). Ahora bien, estas tres alternativas no son del todo homogéneas, pues mientras que argumentar y negociar son formas comunicativas (se realizan mediante actos de habla), votar no lo es. Esta tricotomía —continúa Elster— está relacionada con otra no menos importante; en los procesos de decisión colectiva, las preferencias de los miembros de la colectividad pueden ser objeto de tres operaciones básicas: la *agregación* de las preferencias, la *transformación* de las preferencias y la *deformación* de las preferencias. En este contexto, votar es la forma principal de proceder a la agregación de preferencias; hasta tal punto ello es así que podría hablarse de equivalencia entre voto y agregación. En el proceso de decisión colectiva, la negociación puede verse también como otra forma de proceder a la agregación de preferencias; ello se aprecia muy clararamente cuando se toma en cuenta que uno de los factores esenciales de la negociación en la decisión colectiva puede ser el propio voto, la negociación del voto. Desde esta perspectiva, la composición de las preferencias a través de la negociación sería una forma de agregación de las mismas. Frente a ello, la transformación de las preferencias es el fin manifiesto de la argumentación, pues la deliberación racional está orientada al esclarecimiento de las preferencias justificadas. Así pues, el voto y la negociación están relacionados con la agregación de preferencias y la argumentación con la transformación de las preferencias de los individuos. ¿Qué ocurre, entonces, con la tercera operación, con la deformación de las preferencias? Elster viene a sostener que la deformación —el falseamiento— de las preferencias de los individuos puede ser una consecuencia de cualquiera de los tres procedimientos antes enunciados: la votación, la negociación y la argumentación. El voto y la negociación obviamente pueden ser estratégicos y, por tanto, producir un resultado que sea una agregación falseada de preferencias de los individuos. Y obviamente, también es posible que la actitud imparcial de quienes se embarcan en la tarea de argumentar no sea más que una mera pantalla mediante la cual consiguen mantener ocultos los intereses reales que les motivan. A su vez, estas dos tricotomías (la que distingue los tres procedimientos básicos a través de los cuales un grupo de personas entre las que hay poco consenso pueden alcanzar una decisión colectiva —votación, negociación y argumentación— y la que distingue las tres operaciones bá-

sicas de que pueden ser objeto las preferencias —agregación, transformación y falseamiento—) pueden relacionarse con una tercera que distingue entre los motivos por los cuales actúan los miembros del grupo, es decir, la que opone *razón*, *interés* y *pasión*. La razón es, se supone, imparcial, lo que significa que es desinteresada y desapasionada. La argumentación, la deliberación, apela a la imparcialidad y, en este sentido, está indisolublemente vinculada con la razón. Obviamente, como ya se ha dicho, la apelación a la imparcialidad puede ser un puro falseamiento, pero ello no niega, sino que afirma dicha vinculación. Finalmente, la negociación y el voto pueden estar motivados por cualquiera de las tres actitudes: la razón, el interés y la pasión pueden mover a quienes se embarcan tanto en procesos de negociación como de votación. A partir de todo lo anterior, Elster pone ejemplos de procedimientos de decisión que son o bien tipos puros, o bien combinaciones de los tres procedimientos básicos.

No es difícil desmontar estos tópicos. Quien se adentre mínimamente en el estudio de la retórica (que es una disciplina que está en el corazón de la argumentación) sabe que el miedo (la pasión, la emoción del miedo) ha sido considerado desde siempre como un factor de persuasión fundamental y, en consecuencia, la amenaza ha estado ahí a disposición de los oradores. Para una muestra, basta recordar el papel que la amenaza del infierno ha jugado en los sermones dominicales pronunciados desde los púlpitos. Y, por el otro lado, ocurre otro tanto: quien se haya adentrado un poco en el estudio y en la práctica de la negociación sabe que «tener razón», «tener la razón de tu parte» (es decir, los estándares imparciales, los criterios objetivos, los informes de peritos, etc., a tu favor) es un factor de «presión negocial» extraordinariamente importante. Abandonemos, pues, esta forma de abordar la cuestión y dejemos de insistir en la separación fuerte entre argumentación y negociación porque de todo ello no puede salir nada útil ni nada claro[2].

En este capítulo me propongo sentar las bases para poder responder a la cuestión de las relaciones conceptuales entre negociación y argumentación; es decir, para poder explicar la negociación desde la argumentación. Para ello, voy a proceder de la siguiente manera. En primer lugar, expondré muy sucintamente la estrategia conceptual que sigue Manuel Atienza a la hora de responder a la pregunta ¿qué es argumentar? Y, en segundo

2. Para una discusión sobre esta cuestión véanse, por un lado, J. R. de Páramo Argüelles, «Convicciones y convenciones»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24 (2007), y R. Calvo, «Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008); y, por otro, M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 396-398 y 753.

lugar, trataré de glosar de manera bastante libre algunos corolarios que se siguen de dicho planteamiento. Ahora bien, debe quedar claro que todo lo que voy a decir a continuación sobre la argumentación está instrumentalmente orientado para ser utilizado en los capítulos posteriores. No pretende ser, en este sentido, la última palabra sobre la argumentación, sino solo una introducción a la argumentación para poder entender mejor cómo se relaciona esta con la negociación; para poder mostrar la negociación como un debate (una argumentación) orientado a alcanzar un acuerdo.

## 2. ¿QUÉ ES ARGUMENTAR? CONCEPTO Y CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN

Según Manuel Atienza[3], para abordar la compleja pregunta de «qué es argumentar», conviene distinguir entre el concepto de argumentación y las concepciones de la argumentación. El concepto de argumentación se configura, en opinión de Atienza, a partir de los siguientes cuatro elementos: 1) Argumentar es una acción relativa a un *lenguaje*. Se argumenta cuando se defiende o se combate una tesis y se dan razones para ello. Un corolario que podría extraerse de esta primera nota es que sin lenguaje no hay argumentación. 2) Una argumentación presupone siempre un *problema*, una cuestión cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema. ¿Cuáles son los tipos de problemas relevantes en términos argumentativos? Enseguida lo veremos. 3) Toda argumentación supone tanto un *proceso*, una actividad, como un *producto*, un resultado. Como actividad, la argumentación (la argumentación-proceso) es todo lo que ocurre entre el planteamiento del problema y la solución del mismo. Como resultado, en la argumentación cabe siempre distinguir estos tres elementos (o dicho en otras palabras, la argumentación-producto puede reconstruirse en términos de): premisas, conclusión e inferencia (la inferencia es la relación entre las premisas y la conclusión). En este punto conviene advertir que el propio término «argumentación» presenta una típica ambigüedad proceso/producto. Y, finalmente, 4) argumentar —sostiene Atienza— es una actividad *racional*, y lo es en un doble entendimiento. Por un lado, porque argumentar es una actividad dotada de un sentido, es decir, una actividad que está orientada a un fin; y, por otro, porque existen criterios para evaluar la calidad (validez) de las diferentes argumentaciones, es decir, las argu-

3. M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 61 ss.; y también, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 107 ss.

mentaciones pueden calificarse como válidas o falaces, buenas o malas, correctas o incorrectas, mejores o peores, etcétera.

Estos cuatro elementos componen el concepto de argumentación. Ahora bien, según Atienza, estos elementos son articulables (concebibles a su vez) de maneras diferentes. En su opinión, hay tres formas típicas o características de armar estos cuatro elementos que dan lugar a tres grandes concepciones de la argumentación: la concepción formal de la argumentación, la material y la pragmática (retórica o dialéctica).

El siguiente cuadro trata de mostrar de manera muy sucinta y resumida (es decir, prescindiendo de múltiples detalles) el planteamiento de Atienza a propósito de la distinción entre el concepto y las concepciones de la argumentación. Es decir, recoge las diferentes propiedades del concepto «argumentación» interpretadas desde las diferentes concepciones de la argumentación.

## 3. ARGUMENTAR ES... (DE LAS CONCEPCIONES A LAS DIMENSIONES)

Desarrollar este cuadro/resumen daría para escribir unos cuantos libros. Aquí, voy a tratar de explicarlo de la manera más sencilla de la que soy capaz, procurando evitar caer en el «vicio» del academicismo. Para ello voy a dejar de hablar de concepciones de la argumentación para pasar a hablar de dimensiones de la argumentación. ¿Qué implica este cambio? Es sencillo de entender. El cuadro trata de poner orden en el complejo mundo de la argumentación. Pues bien, hablar de concepciones supone usar el cuadro para ordenar esencialmente la literatura relativa a la argumentación. Es decir, hay autores cuyas obras son contribuciones a la teoría de la argumentación desde alguna de esas concepciones, la formal, la material o la pragmática. En este sentido, los diferentes autores (junto con sus obras) pertenecen a (o encarnan) alguna concepción de la argumentación. Hablar de dimensiones, sin embargo, supone hablar de algo más básico, implica referirse «directamente» al fenómeno de la argumentación, tomándolo como un fenómeno social complejo que presenta simultáneamente diversos aspectos. En definitiva, hablar de dimensiones supone referirse a la argumentación como una práctica social; y es esta práctica la que resulta analizable en términos formales, materiales y pragmáticos. Los diferentes autores, al dar prevalencia a una dimensión (o aspecto) de la práctica de la argumentación sobre las otras, al elevarla a la categoría de «esencial», conforman las diferentes concepciones del concepto de argumentación. Naturalmente, no todas las dimensiones de la argumentación son igualmente relevantes para entender la negociación. Ello explica por qué algunos libros de

TRES CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN (Atienza)

| | | CONCEPCIONES | | |
|---|---|---|---|---|
| | | *Concepción formal* | *Concepción material* | *Concepción pragmática (dialéctica o retórica)* |
| CONCEPTO (elementos) | 1) Argumentar es una actividad relativa a un *lenguaje*. Siempre hay un lenguaje de la argumentación. | Se centra en los aspectos *sintácticos* del lenguaje (su estructura). Se desentiende del mundo y de la aceptación por parte de los otros. | Se centra en los aspectos *semánticos* del lenguaje (su contenido). No se desentiende del mundo pero sí de la aceptación por parte de los otros. | Se centra en los aspectos *pragmáticos* del lenguaje (su uso). Todo está orientado a la relación con los otros: vencer y/o convencer. |
| | 2) Argumentar presupone resolver un *problema*. | ¿Qué conclusiones pueden extraerse de un determinado conjunto de premisas cuya calidad no se cuestiona? | ¿Qué creencias son válidas como premisas y conclusiones? ¿Qué debo creer? ¿Qué debo hacer? | ¿Cómo vencer y/o convencer a otros a propósito de una cuestión problemática? |
| | 3) La argumentación supone una actividad y un resultado. «Argumentación» presenta una ambigüedad *proceso*/*producto*. | Solo se interesa por la reconstrucción del *producto* de la argumentación: la concatenación de enunciados en forma de premisas y conclusiones. | Se interesa por la calidad de las premisas, lo que supone no desentenderse del *proceso* seguido para obtenerlas. Nociones como imparcialidad, experimentación, prueba, etc., son centrales e implican algo más que lenguaje. | La argumentación es el *proceso*. La persuasión o la victoria son el resultado del uso argumentativo del lenguaje, pero ya están fuera del mismo. |
| | 4) Argumentar es una actividad racional: hay *criterios de validez y/o corrección*. | Centralmente, las reglas de inferencia de la lógica deductiva. | Leyes científicas, máximas de experiencia, criterios de justificación, etcétera. | Reglas relativas a la conducta de los participantes: instituciones, reglas del discurso, del juego limpio, etcétera. |

argumentación no aportan nada para la mejor comprensión de la negociación, mientras que otros sí arrojan mucha luz al respecto. Los libros relevantes ponen el acento en las dimensiones de la argumentación relevantes para la negociación; los irrelevantes, en las dimensiones irrelevantes.

Demos, pues, el paso y movámonos desde las concepciones hacia las dimensiones de la argumentación. Recordemos dos cosas que ya hemos dicho. En primer lugar, argumentar supone siempre resolver un problema. Los tres problemas característicos eran los siguientes: *a*) dados ciertos datos, ¿qué puedo concluir? *b*) ¿qué debo creer o qué debo hacer? y *c*) ¿cómo puedo vencer o convencer a otros a propósito de una cuestión problemática? En segundo lugar, hemos dicho también que argumentar es una actividad racional en el sentido de que está orientada a un fin. Pues bien, si conectamos estas dos cuestiones (el tipo de problema y el fin al que está orientada la argumentación), no es difícil mostrar cuáles son las tres grandes actividades en las que puede consistir «argumentar». En efecto, los puntos suspensivos del «Argumentar es...» presentes en el título de este epígrafe pueden sustituirse por estas tres actividades: argumentar es *deducir*, argumentar es *fundamentar* y argumentar es *(con)vencer*[4].

### 3.1. *Argumentar es deducir*

«Deducir» se usa al menos en dos sentidos diferentes. En sentido amplio significa básicamente lo mismo que inferir; es decir, «deducir» es pasar de premisas a conclusiones, o simplemente extraer conclusiones a partir de un determinado conjunto de premisas. En sentido estricto, «deducir» significa inferir *deductivamente*. La lógica formal es el paradigma del razonamiento deductivo en este sentido estricto. Un argumento deductivo es un argumento que tiene una estructura tal que la verdad

4. En este punto conviene hacer algunas advertencias. En primer lugar, la distinción entre «argumentar es deducir» y «argumentar es fundamentar» que voy a desarrollar a continuación, si bien está construida sobre la base de la distinción atienzana entre la concepción formal y la concepción material de la argumentación, no encaja perfectamente con ella. Para mostrarlo, basta reparar en dos puntos. Por un lado, en el esquema de Atienza, dentro de la concepción formal caben formas de inferencia distintas de las estrictamente deductivas, mientras que aquí «argumentar es deducir» se ha limitado a las inferencias deductivas. En mi opinión, las inferencias inductivas pueden reconducirse a problemas de fundamentación. Y, por otro, en el esquema de Atienza cabe hablar de «fundamentación» en términos meramente formales cuando aquí los problemas de fundamentación se han reservado a las cuestiones materiales. En segundo lugar, hay que advertir también que, en términos filosóficos, es perfectamente posible construir tanto la dimensión formal como la dimensión material de la argumentación desde una concepción pragmática y/o consensual de la misma. Pero todo esto es algo que ahora no debe preocuparnos en absoluto.

de las premisas garantiza la verdad de la conclusión. O dicho de otra forma, tiene una estructura que supone que si se aceptan las premisas, tiene que aceptarse necesariamente la conclusión.

Controlar la validez deductiva de un argumento en este segundo sentido supone varias cosas: 1) Identificar el conjunto de enunciados que concatenados entre sí operan como premisas. 2) Hacer abstracción del contenido de verdad (o de corrección) de esos mismos enunciados. En este sentido, dicho control se desentiende del mundo (margina las cuestiones semánticas). La validez deductiva de un argumento no se ve afectada por el hecho de que los enunciados que funcionan como premisas o conclusiones sean falsos. Las razones son los enunciados y su concatenación, no los hechos que hacen verdaderos esos enunciados. 3) Hacer abstracción de los sujetos, tanto del emisor como del receptor de los enunciados. En este sentido, se desentiende de los sujetos y de su actividad (margina las cuestiones pragmáticas). Y 4) comprobar que el paso de las premisas a las conclusiones es un paso necesario; es decir, que si alguien acepta las premisas usadas, entonces necesariamente tiene que aceptar también la conclusión. ¿Cómo se explica que haya argumentos con estas características? La explicación es sencilla. En algunos argumentos, el paso de premisas a conclusiones es un paso necesario porque se trata de argumentos en los que la información recogida en la conclusión estaba ya incluida en la información recogida en las premisas usadas. En este sentido, puede decirse que son argumentos no productivos.

Antes dije que el problema de la argumentación en términos formales era ¿qué se puede concluir, inferir deductivamente, a partir de ciertas premisas dadas y no cuestionadas? El mismo problema formal puede formularse también a la inversa: ¿una cierta conclusión se infiere deductivamente o no de un determinado conjunto de premisas? La cuestión esencial no está, pues, en la selección o la calidad de las premisas, tampoco en la verdad o corrección de la conclusión, sino en la relación entre premisas y conclusiones: si dicha relación es deductivamente válida o no. En este ámbito, los *criterios de validez* son esencialmente las reglas de inferencia de la lógica deductiva. En términos formales, los dos siguientes silogismos subsuntivos «valen» exactamente lo mismo, pues ambos responden a la misma regla de inferencia; pero es evidente que respecto de uno de ellos ignoramos por completo su significado.

| | |
|---|---|
| Todos los hombres son mortales. | Todos los pristos son tristos. |
| Sócrates es un hombre. | Sócrates es un pristo. |
| Sócrates es mortal. | Sócrates es un tristo. |

Hacer abstracción del contenido de verdad de los enunciados y de la actividad de los sujetos que intervienen implica desentenderse de la argumentación vista como proceso (actividad). Desde la perspectiva formal, la argumentación se presenta esencialmente como un *resultado*; como una concatenación de premisas y conclusiones. *Grosso modo*, como ya ha quedado dicho, todo gira en torno a la noción de inferencia deductiva.

La analogía con la aritmética puede ayudar a entender la utilidad de la lógica. Imaginemos —recurriendo a un viejo y conocido ejemplo[5]— que estamos en un restaurante y que hemos terminado de cenar. Pedimos la cuenta y observamos con desagrado que es realmente muy abultada. En términos formales, una cuenta puede considerarse el equivalente a una relación de «inferencia» entre cantidades, entre los sumandos y la suma. Los sumandos vendrían a ser las premisas y la suma la conclusión. La aritmética solo nos permitirá determinar si la suma está bien hecha o no, pero nada más. No dice, ni pretende decir, nada respecto de si los sumandos son los adecuados o no. La analogía entre la lógica y la aritmética podría sintetizarse de la siguiente manera. En lógica, una inferencia entre enunciados es válida cuando, si se aceptan las premisas, necesariamente tiene que aceptarse la conclusión; en aritmética, la inferencia entre las cantidades es válida cuando, si se aceptan los sumandos, necesariamente tiene que aceptarse la suma. La lógica versa sobre un tipo de relación entre enunciados; la aritmética, sobre un tipo de relación entre cantidades. Si la cifra que representa el resultado de la suma no se sigue de los sumandos, la suma estará mal hecha. Si la suma está mal hecha, la cuenta en cuestión estará mal hecha; y obviamente deberá ser rectificada, porque así (mal hecha) no es conclusión de los sumandos y no *vale* como justificación de la cantidad exigida.

### 3.2. *Argumentar es fundamentar*

Deducir no es opinar. Una conclusión se sigue deductivamente de un determinado conjunto de premisas o no se sigue, pero la opinión no pinta nada al respecto. Ahora bien, ¿opinar es argumentar? No, argumentar no es nunca simplemente opinar: no consiste en exponer meramente nuestras opiniones, nuestras creencias teóricas o prácticas. Desde la perspectiva material, argumentar es *fundamentar* nuestras creencias y opiniones, dar razones en favor de las mismas. Desde esta perspectiva, pues, la argumentación tiene que ver con la indagación, la búsqueda, el estableci-

5. T. D. Echavea, M. E. Urquijo y R. A. Guibourg, *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

miento de los fundamentos (las razones, las premisas) de nuestras creencias y opiniones. Argumentar supone pasar de las intuiciones (antes del esclarecimiento de las razones) a las conclusiones, o de las hipótesis a las tesis. Así vista, la argumentación no es una actividad o un proceso orientado a establecer o comunicar nuestras opiniones y creencias, sino a determinar su fundamentación: hasta qué punto están fundamentadas o si tienen o no fundamento. En este sentido, la argumentación está vinculada con una racionalidad de tipo metodológico y exige del sujeto una actitud crítico-práctica adecuada. Esta actitud del sujeto se traduce en la aceptación de dos exigencias: *a*) No todas las creencias u opiniones valen lo mismo porque no todas son igualmente fundamentables. Si todas las creencias valieran lo mismo, no tendría sentido embarcarse en la tarea de tratar de fundamentarlas. *b*) No todas nuestras intuiciones (opiniones o creencias) son susceptibles de convertirse en conclusiones porque no todas pueden ser fundamentadas de manera satisfactoria. Estas dos exigencias derivadas de la actitud crítico-práctica del sujeto implican que este no se ve a sí mismo como un mero suceso psicológico, como alguien a quien sus creencias y opiniones simplemente le suceden, le ocurren. El sujeto que adopta esta actitud, que se embarca en tareas de fundamentación, es alguien que se hace «responsable» de sus propias creencias y opiniones; que se pregunta, por ejemplo, si la premisa que está utilizando es una «máxima de experiencia» aceptable o un puro «prejuicio» totalmente infundado. Por ello, desde la dimensión material de la argumentación, las preguntas típicas son dos. En relación con las cuestiones teóricas, ¿qué debo creer? Y, en relación con las cuestiones prácticas, ¿qué debo hacer?

Desde esta perspectiva, las razones no son, en realidad, los enunciados utilizados como premisas en una argumentación. Los enunciados por sí mismos no fundamentan nada. El problema aquí es la verdad o la corrección de esos enunciados, de esas premisas. Por ello, las razones son los hechos (naturales o institucionales) que hacen verdaderos o correctos los enunciados que fungen como premisas (de ahí el énfasis puesto en las cuestiones semánticas). El problema esencial no está en el paso de las premisas a las conclusiones, sino en la selección de las premisas. Una premisa que diga que el agua hierve a los sesenta grados centígrados es falsa y cualquier inferencia (deductiva o no) que se haga a partir de ella será una falacia material. Si se entiende todo lo anterior, es fácil de comprender que desde la perspectiva material no pueda hacerse abstracción de la argumentación vista como proceso. Un elemento esencial para evaluar la calidad de las premisas será conocer el proceso que se ha seguido para su selección y comprobación. Nociones como prueba, observa-

ción, experimentación, reglas de interpretación, criterios normativos de corrección, imparcialidad, máximas de experiencia, peritaje, etc., son esenciales para evaluar la calidad de las premisas; y todas ellas aluden a la argumentación vista no solo como un resultado, sino fundamentalmente como un proceso (un método).

Retomemos el ejemplo de la cuenta del restaurante que nos pareció muy abultada. La pregunta desde la dimensión formal era la de si la cuenta estaba bien o mal sumada. Si resulta que está bien sumada, la pregunta típica de la dimensión material (¿qué debo creer?) se traduce en un ¿es realmente cara? Lo que al primer golpe de vista nos pareció muy abultado, ¿lo es, realmente? ¿Tiene fundamento esa creencia, ese juicio? Nótese que para responder a esta pregunta, ya no hay que fijarse en el paso de los sumandos a la suma (de las premisas a la conclusión), sino en cada uno de los sumandos (en cada una de las premisas). La única forma de determinar si la cuenta es demasiado cara es evaluando cada uno de los sumandos. Habrá, primero, que mirar si los sumandos reflejan la realidad; es decir, si se corresponden con platos realmente servidos; y, segundo, si los diferentes sumandos son caros o no, porque es posible que unos lo sean y otros, no. Pero ¿cómo justificar, por ejemplo, que el precio del vino es carísimo? Una forma puede ser comparando su precio con el que tiene en otros restaurantes de la zona y de calidad aproximada. El *hecho* de que otros restaurantes de la misma zona de la ciudad y de idéntica categoría cobren más barato el vino es el *fundamento* para *validar* la creencia de que el precio del vino es muy caro. Lo que valida la creencia no es el enunciado «los restaurantes de la zona lo cobran más barato», sino el hecho de que realmente sea así. Por ello, desde la dimensión material, la presentación formal del argumento nunca es suficiente para determinar su validez material. Desde esta dimensión no puede hacerse abstracción del proceso de obtención de las premisas, de la metodología seguida: el proceso es esencial para determinar su fiabilidad, su aceptabilidad.

### 3.3. *Argumentar es (con)vencer*

Como hemos visto, deducir es argumentar, pero argumentar no es solo una cuestión de lógica. Fundamentar es asimismo argumentar, pero argumentar no es únicamente una cuestión de «ciencia» y/o de «conciencia». La argumentación tiene también una dimensión social, de relación con los otros, que es fundamental y que no puede ignorarse. Como se ha visto, desde la perspectiva formal, se hacía abstracción de los sujetos: lo fundamental era la relación entre los enunciados con independencia de quién los formulara y de a quién fueran dirigidos. Desde la perspectiva

material, no se hacía abstracción del sujeto que formulaba los enunciados (había un sujeto emisor que se hacía «responsable» de la validez de los mismos) pero sí de quien pudiera recibirlos: una creencia no era más o menos válida por el hecho de que otros la aceptaran como válida o no. Pues bien, a diferencia de las dos anteriores, la perspectiva pragmática supone considerar la argumentación como un caso de relación social. Es decir, la argumentación plantea, además de una cuestión lógica y de una cuestión metodológica, una cuestión estrictamente «social»: de relación entre sujetos que interactúan. Desde esta perspectiva, todos los elementos de la argumentación adquieren sentido por su relación con los sujetos involucrados. Como se recordará, el tipo de problema que se trataba de resolver argumentando desde esta perspectiva era ¿cómo puedo vencer y/o convencer a otros respecto de una cuestión problemática?

Aquí, por tanto, no se hace abstracción de los sujetos de la relación; sin interlocutores no tiene sentido hablar de argumentación. En consecuencia, lo que importa es la argumentación vista como una actividad (la argumentación-proceso). A propósito de una cuestión disputada, la argumentación es una secuencia de actos de habla orientados a lograr la persuasión del interlocutor o la victoria frente a él. Lo fundamental no es la relación entre los enunciados que funcionan como premisas y como conclusiones (dimensión formal); tampoco la relación entre los enunciados que operan como premisas y los hechos que hacen verdaderos a esos enunciados (dimensión material), sino la relación entre los sujetos a propósito de los enunciados involucrados en la argumentación. Desde la dimensión pragmática, la clave está en el *acuerdo* (o *desacuerdo*) entre los sujetos a propósito de los enunciados emitidos en una argumentación.

Desde esta perspectiva, la de la argumentación como relación social, pueden distinguirse dos grandes géneros: el de la retórica y el de la dialéctica. En la retórica, un sujeto (el *orador*) adopta un rol activo y realiza un conjunto de actos de lenguaje (el *discurso*) dirigidos a un conjunto de sujetos (el *auditorio*) que adoptan un rol esencialmente pasivo (no están llamados a hablar) con la finalidad de conseguir (o reforzar) su adhesión a ciertas tesis (la *persuasión*). En la dialéctica, hay dos sujetos que interactúan (*debaten*) asumiendo diversos roles activos (aunque los prototípicos son los de *proponente* y *oponente*) con la finalidad de *(con)vencer*, respectivamente, al otro para alcanzar un *acuerdo*. No quiero extenderme mucho en esto último. El capítulo siguiente estará íntegramente dedicado a los diferentes modos de debatir y a los diferentes roles que pueden asumir los referidos interlocutores.

Lo importante ahora es darse cuenta de que, desde esta perspectiva, el buen argumento es el que resulta persuasivo, el que vence y/o el que

convence. Es decir, el que sirve a los fines del orador y/o del interlocutor. Ahora bien, como se trata de interacciones entre sujetos (de conductas recíprocas), la *validez* de la adhesión conseguida (la persuasión) y/o del acuerdo alcanzado depende también de que en el desarrollo de la actividad argumentativa (de la argumentación-proceso) se hayan respetado por parte de los sujetos involucrados ciertas reglas de conducta, ciertas reglas del juego limpio.

Retomemos nuestro ejemplo de la cuenta del restaurante. El problema formal era si la suma estaba bien hecha. El problema material, si la cuenta resultaba, en realidad, abusivamente cara o no. Desde la perspectiva pragmática, el tipo de problemas que se plantean es de otra naturaleza. Por ejemplo, ¿cómo consigo que el camarero me acepte (persuadirlo de) que la cuenta es demasiado abultada y (persuadirlo de) que me haga un descuento? Naturalmente, puede ocurrir que lo que es un buen argumento desde esta perspectiva (es decir, un argumento eficaz), no lo sea desde las dos perspectivas anteriores. Que la cuenta esté bien sumada es más bien un presupuesto para pedir un descuento y, en este sentido, podría decirse que es argumentativamente irrelevante para conseguirlo. Y es perfectamente posible que en el ánimo y la disposición del camarero a hacer el descuento pese mucho más el argumento de «soy un cliente de toda la vida» que todas las «pruebas» (los fundamentos) que puedan aportarse en favor de la afirmación «el vino es muy caro».

## 4. DE NUEVO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE NEGOCIACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

¿Qué tienen en común un silogismo y una oferta? A primera vista, y dejándose llevar por el tópico dominante, habría que responder con total naturalidad diciendo que nada (o casi nada) relevante. Los silogismos pertenecen al ámbito de la argumentación y las ofertas, al de la negociación. Pero ¿estamos seguros? Porque, si esto es así, si no hay forma de aproximar ambos conceptos, entonces no podemos aspirar a relacionar argumentación y negociación, a explicar la negociación desde la argumentación. En mi opinión, la clave para abordar la cuestión de manera correcta está en considerar la argumentación desde su dimensión pragmática. En efecto, un silogismo analizado desde la dimensión formal de la argumentación en nada se parece a una oferta; pero analizado desde la perspectiva pragmática, la cosa cambia y la proximidad entre «oferta» y «silogismo» empieza a adquirir sentido. No lo voy a desarrollar ahora, pero del mismo modo que los silogismos (y los argumentos en general) pueden resultar convincentes, persuasivos, irrefutables o falaces, las ofertas pueden

ser tentadoras, apetecibles, imposibles de rechazar o totalmente inaceptables. Es decir, los buenos argumentos (analizados desde la perspectiva pragmática) parecen compartir con las buenas ofertas el hecho de que cumplen la función de mover al receptor de ambos a «*consentir*», a «*acordar*» en algún sentido que ahora no es necesario precisar. Desde esta perspectiva, los respectivos dominios conceptuales ya no se ven tan alejados y es fácil detectar múltiples intersecciones entre «argumentar» y «negociar»: varios sujetos, polaridad de posiciones, relación social, interdependencia, acuerdo, persuasión, proponente y oponente, reglas del juego limpio, etcétera.

No quiero extenderme mucho a propósito de las relaciones abstractas entre negociación y argumentación, ya habrá tiempo para detenerse en detalles. Ahora, para finalizar este capítulo, lo único que me interesa es llamar la atención sobre lo siguiente. Si repasamos el cuadro en el que aparecía resumido el planteamiento de Atienza a propósito de las propiedades del concepto de argumentación interpretadas desde cada una de las concepciones de la argumentación, es fácil comprobar dos cosas. La primera es que las cuatro propiedades seleccionadas para definir el concepto de «argumentación» son directamente aplicables al concepto de «negociación». En efecto, si sustituimos la palabra «argumentación» por «negociación» veremos que todas las propiedades enumeradas le calzan perfectamente: 1) Negociar es una actividad relativa a un *lenguaje*. Siempre hay un lenguaje de la negociación. 2) Negociar presupone resolver un *problema*. 3) La negociación supone una actividad y un resultado. «Negociación» presenta también una ambigüedad *proceso*/*producto*. Y 4) negociar es una actividad racional: hay *criterios de validez* y/o *corrección*. La segunda cosa que es fácil de comprobar es que la forma adecuada de entender estas cuatro propiedades aplicadas al concepto de «negociación» es interpretarlas de la misma manera como que se hacía desde la concepción pragmática de la argumentación: 1) El lenguaje de la negociación debe analizarse en términos pragmáticos, pues las emisiones lingüísticas que aquí tienen lugar solo adquieren pleno sentido cuando se las ve orientadas a la relación con el otro. 2) El problema es ¿cómo vencer o convencer al otro respecto de una cuestión que tiene que (o puede) ser acordada? 3) A pesar de que la palabra «negociación» presenta la típica ambigüedad proceso/producto (el diccionario de la RAE la define como «acción y efecto de negociar»), los estudios sobre la negociación se centran fundamentalmente en el proceso. La negociación es el proceso orientado a alcanzar un acuerdo; pero el acuerdo, que es un *resultado* de la negociación, ya no es negociación. Y 4) los criterios de validez tienen que ver con el seguimiento de reglas relativas a la conducta de los

negociadores: el acuerdo es válido siempre y cuando se hayan respetado ciertas reglas (más o menos institucionalizadas) que regulan los procesos de negociación.

Una vez que hemos superado el prejuicio de la oposición fuerte entre negociación y argumentación y que hemos fijado el marco adecuado desde el que analizar sus relaciones, debemos pasar a precisar algo mejor nuestro enfoque: centrémonos, pues, ahora en el estudio de cuatro modos diferentes de debatir porque, al final, la negociación podrá verse —según ya se ha señalado— como un cierto tipo de debate.

## Capítulo II

# CUATRO MODOS DE DEBATIR

### 1. INTRODUCCIÓN

Debatir es argumentar en forma de diálogo. Naturalmente, no en todos los diálogos la argumentación tiene el mismo peso. Hay muchos diálogos cuyo sentido no gira en torno a dar y quitar razones en defensa de tesis, acciones, afirmaciones o creencias. En este capítulo me propongo exponer cuatro modos de debatir, es decir, cuatro modos de argumentar dialogando. Ahora bien, debe quedar claro que la finalidad que persigo no es en absoluto intervenir en las eruditas discusiones académicas relativas a los géneros del debate propias de los estudios de dialéctica y de retórica. El análisis que me propongo hacer aquí es mucho más modesto, es estrictamente instrumental en relación con la comprensión de la negociación, primero, y de la mediación, después. La idea general es esta: entender bien la mediación supone entender bien la negociación; y entender bien la negociación supone entender bien los aspectos argumentativos presentes en la misma. Por ello, los modos de debatir que voy a destacar tienen que resultar fácilmente reconocibles como propios, e incluso típicos, de diferentes fases posibles en una negociación. En mi opinión, lo que aquí se va a decir a propósito del debate tiene una utilidad que va mucho más allá de la pura comprensión de la negociación y la mediación, pero en cualquier caso no me voy a ocupar aquí de ello.

Hay que aceptar tres presupuestos para que este análisis pueda resultar fructífero. El primer presupuesto es que si bien la negociación no es reducible a diálogo, sí puede decirse que sin diálogo resulta inconcebible. Toda negociación implica diálogo[1]. El segundo presupuesto que

1. Algunos expertos en negociación hacen un uso idealizado de la palabra «diálogo», de forma tal que dicha noción aparece como opuesta a la de «negociación». Este es

hay que aceptar es que el diálogo que tiene lugar en una negociación tiene un alto contenido argumentativo; en consecuencia, el diálogo propio de una negociación es un debate. En toda negociación, como mínimo, cada parte trata de *persuadir* —con razones[2] o no— a la otra parte para que cambie o modifique sus posiciones o pretensiones iniciales. El tercer presupuesto que hay que aceptar parte del dato de que tanto debatir como negociar son actividades que implican al menos a dos sujetos que interactúan entre sí; es decir, dos sujetos cuyas conductas se condicionan recíprocamente, que se hallan en una situación de interdependencia. Solo metafóricamente pueden entenderse frases del tipo «Estoy negociando conmigo mismo» o «Luisa está dialogando/debatiendo sola». En consecuencia, tanto la negociación como el debate pueden conceptualizarse como «relaciones sociales». Según  es bien sabido, en función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los sujetos que interactúan, las relaciones sociales en general pueden clasificarse en relaciones cooperativas (de cooperación) y conflictivas (de conflicto). Pues bien, el tercer presupuesto es que la variable cooperación/conflicto juega un papel fundamental en la comprensión tanto del debate (y sus formas) como de la negociación.

Los cuatro modos de debatir que voy a exponer a continuación están directamente inspirados por la lectura de la obra de Adelino Cattani *Los usos de la retórica*[3]. Ahora bien, lo que viene a continuación no es

el caso, por ejemplo, J. R. de Páramo, que de manera bien sucinta estipula la tesis de la separación entre «diálogo» y «negociación»: «Cuando alguien acepta el diálogo con otro sujeto reconoce su capacidad de argumentar y la posibilidad de verse atrapado por sus razonamientos y convertirse a su causa. El diálogo implica asumir la condición del otro como un sujeto que actúa conforme a razones, aceptar el compromiso de escucharlo y reconocer que es posible que tenga razón en sus apreciaciones [... Por el contrario,] negociar es un proceso entre las partes de un conflicto que tiene como objetivo la resolución de este mediante la conformación de un acuerdo que se constituye a partir de la interacción entre las propuestas de solución que cada una de ellas presenta en la mesa. Los fundamentos del acuerdo son la voluntad de las partes y su nivel de satisfacción con respecto a las expectativas que tengan los negociadores. Es una estrategia voluntaria de adaptación y equilibrio, un método inteligente para asignar o repartir recursos, integrar eficientemente intereses y preferencias relativamente divergentes entre sí y dirimir el conflicto de una forma cooperativa...». J. R. de Páramo: «Carta abierta al Sr. Ministro de Educación»: *Nuevatribuna.es*, 6 de junio de 2012. Naturalmente, aquí no estoy asumiendo una concepción del diálogo tan idealizada como la que el texto representa.

2. Con la palabra «razones» ocurre algo muy semejante a lo que sucedía con la palabra «diálogo»; pues «razones» es susceptible de recibir también una interpretación idealizada, de manera que aluda exclusivamente —dentro de las razones para la acción— a las razones de corrección, es decir, a las razones últimas e imparciales.

3. A. Cattani, *Los usos de la retórica*, trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 2003.

una exposición de las tesis de Cattani relativas al debate ni tampoco una aplicación de las mismas; pues exponer y aplicar exigen un grado de fidelidad a la «fuente» que yo no voy a practicar.

## 2. DEBATIR ES...

Debatir es —ya lo hemos dicho— argumentar en forma dialogada y, por definición, exige al menos la intervención de dos sujetos. Las figuras dialécticas conceptualmente próximas al debate son muchísimas. Por ejemplo (la siguiente relación en absoluto pretende ser exhaustiva): controversia, polémica, disputa, discusión, indagación, exploración, deliberación, diatriba, contienda verbal, tertulia, diálogo racional, entrevista, trato, etc. Ante tantos conceptos próximos, de tan difícil precisión y casi imposible distinción unos de otros, ¿cómo proceder?

Para huir del ruido y del desconcierto, recurramos a las metáforas como forma de iniciar la tarea de composición de tipos ideales de debate. Consideremos las siguientes cuatro:

1. Debatir es combatir. Metáfora bélica.
2. Debatir es competir. Metáfora deportiva.
3. Debatir es explorar y/o diagnosticar. Metáfora médica.
4. Debatir es construir. Metáfora constructiva[4].

A continuación, trataré de perfilar cada uno de estos modos de debatir en la confianza de que nos resulten fácilmente reconocibles (proyectables sobre la realidad) y distinguibles unos de otros. Para proceder a su caracterización, pondré algunos ejemplos que puedan operar como paradigmas y trataré de explicar cosas tales como el tipo de relación que se da entre los sujetos que debaten, la finalidad que persigue cada uno de ellos, algunos resultados posibles y las reglas, formales e informales, que rigen en cada uno de esos tipos de debate. Esto último será muy importante porque permitirá mostrar que las falacias que pueden cometer los interlocutores variarán según el tipo de debate en que se hallen invo-

4. Cattani distingue los siguientes cinco modos de debatir y recurre a las siguientes metáforas: *polémica*, metáfora bélica (debatir es luchar); *trato*, metáfora mercantil (debatir es comerciar); *enfrentamiento*, metáfora lúdico-deportiva (debatir es jugar); *indagación*, metáfora exploradora (debatir es viajar); *coloquio*, metáfora constructora (debatir es construir). Cf. A. Cattani, *Los usos de la retórica*, cit., pp. 74 ss. Como trataré de mostrar en los próximos capítulos, el trato (la negociación) no puede oponerse a los otros modos de debatir por la sencilla razón de que el debate que tiene lugar en una negociación puede adoptar cualquiera de las otras formas de diálogo argumentativo. Como se verá, las caracterizaciones y las asignaciones de nombres que voy a hacer diferirán también de las propuestas por Cattani.

lucrados, es decir, la noción de falacia será relativa a la de tipo de debate, a la de modo de debatir.

Pero antes de entrar en todo ello, quiero llamar la atención sobre dos cuestiones que van a resultar de la máxima importancia. Primera cuestión: he evitado empezar poniendo un nombre a cada tipo ideal de debate. La razón para esta elusión es que la distinción de los modos de debatir es relativamente clara, pero la asignación de los nombres resulta altamente controvertida y problemática. Por ello, para evitar que la elección de las palabras bloquee la discusión de las ideas, he decidido aplazar hasta el final del capítulo la asignación de los nombres. Los introduciré en un cuadro que es una sistematización general de los modos de debatir. Segunda cuestión: la ordenación de estos cuatro modos de debatir no es azarosa ni caprichosa, responde a un criterio bien definido; están ordenados a partir de la variable conflicto/cooperación entre los interlocutores[5]. Así, mientras que 1 representa el nivel mayor de conflicto, 4 representa el mayor nivel de cooperación. En consecuencia, 2 y 3 son graduaciones que representan, respectivamente, un descenso en la intensidad del conflicto y de la cooperación. En este sentido, 1 y 2 son formas conflictivas de debate, y 3 y 4, formas cooperativas[6]. Es importante darse cuenta de que entre 2 y 3 queda un espacio intermedio que no representa un término medio entre el conflicto y la cooperación, pues tal término probablemente no exista. Trata, más bien, de dar cuenta de situaciones ambiguas, es decir, de relaciones en las que la combinación de elementos de cooperación y de conflicto no permite caracterizar la relación en su conjunto como cooperativa o como conflictiva. La ambigüedad de estas situaciones intermedias —a caballo entre el conflicto y la cooperación— se traduce en incertidumbre de cada participante respecto de las intenciones y actitudes que pueda

5. Naturalmente hay muchísimas clasificaciones de diferentes tipos de diálogo argumentativo que usan diferentes tipos de variables. Por ejemplo, Walton, a partir de las variables «situación inicial», «finalidad» y «beneficios», construye los siguientes diez tipos básicos de diálogo: persuasión, debate, indagación, negociación, diálogo en comisión (*planning committee*), diálogo pedagógico, deliberación, disputa (*quarrel*), entrevista y consulta de expertos. Cf. N. D. Walton, *Arguments from Ignorance*, The Pennsylvania State University, Pennsylvania, 1996, p. 190. Marcelo Dascal, por su parte, distingue tres tipos ideales de «diálogos polémicos». Así, recurriendo a las variables «objeto», «causa», «pretensión de los contendientes», «terminación del diálogo», «táctica preferente», «campo de aplicación» y «tipo de racionalidad», distingue entre *discusiones*, *disputas* y *controversias*. Sobre esta clasificación de Dascal, véase M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 387 ss.

6. Cuando en un debate se habla de conflicto y de cooperación, no solo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud abierta y/o cerrada con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de debate.

mostrar su interlocutor. En cualquier caso, esta ordenación general de 1 a 4 (del máximo nivel de conflicto al máximo nivel de cooperación) de los diferentes modos de debatir va a resultar fundamental para la comprensión de la negociación y de la mediación.

### 2.1. *Debatir es combatir*

Los interlocutores que combaten se acometen, embisten, pelean, batallan, contienden, luchan, etc. Es así porque la finalidad de su interlocución es la destrucción del otro. Para cada interlocutor, el otro es un enemigo y su destrucción es sinónimo de la propia victoria. Si el interlocutor «sale vivo» del debate, la victoria no ha sido plena. La victoria se consigue cuando el otro queda desorientado, balbuciente, humillado, descalificado, lloroso, desarmado, es decir, derrotado. Ejemplos de este tipo de enfrentamientos son los debates erísticos, los enfrentamientos políticos o las riñas de pareja. Lo característico de este tipo de debate es que no es posible separar el objeto de discusión de los sujetos de la discusión. Y no es posible porque, para cada interlocutor, el problema central es el otro interlocutor. El objeto de discusión es en muchas ocasiones meramente accesorio y circunstancial. El sentido de la intervención es la descalificación. Es evidente, por ejemplo, que el sentido de «¡Váyase, señor González!» pronunciado por Aznar combinaba con cualquier tema en discusión; valía lo mismo tanto si el debate versaba sobre el paro, sobre Europa o sobre las pensiones. El problema de Aznar era González, no el paro, Europa o las pensiones.

Naturalmente, las reglas formales e informales que rigen este tipo de debates tienen características propias. Por ejemplo, en este contexto discursivo, nadie podría alegar que se está incumpliendo algo por el hecho de que uno de los interlocutores esté argumentando *ad hominem*; y no se podría alegar por la sencilla razón de que este tipo de debate va precisamente de eso. Imaginemos una pelea de pareja en la que uno de los miembros le dice al otro: «Eres un inútil. Todo lo haces mal. El mayor error de mi vida ha sido casarme contigo». El detonante de la discusión puede haber sido cualquier «objeto» de conflicto porque en realidad es accesorio en relación con la intervención. El cónyuge vilipendiado ha invertido los ahorros familiares en la estafa de las preferentes, o ha sido incapaz de arreglar un enchufe, o es un vago que no hace nada en relación con las tareas de la casa. La finalidad de la intervención («eres un inútil...») es herir, dañar, castigar o, incluso, por qué no, hacer justicia («he puesto las cosas claras y le he dicho todo lo que se merece»). Hay un objeto de conflicto, pero la atención se centra sobre todo en los sujetos del conflicto.

Podría dudarse del carácter argumentativo de estos debates e intercambios al considerar que un puro intercambio de descalificaciones no tiene contenido argumentativo. Naturalmente, no toda descalificación verbal contiene un argumento, pero muchas de ellas sí. No entender esto supone no entender gran parte del lenguaje del conflicto, del diálogo que acompaña al conflicto. Imaginemos que un contendiente le dice al otro: «Eres un sinvergüenza, un cerdo traidor que ha filtrado información». Es evidente que esta intervención tiene una clara intención de dañar, avergonzar, castigar, etc., pero tiene también un claro contenido argumentativo. Desde la dimensión formal de la argumentación, el argumento podría formularse así: «Quien filtra información es un traidor»; «has filtrado información»; luego «eres un traidor».

Esta misma operación cabría hacerla en el caso de la esposa que «enfatizaba» la inutilidad del marido: «Eres un inútil porque te has dejado engañar», «... porque no sabes ni arreglar un enchufe», o «... porque nunca haces nada». Es decir, en cualquiera de estos tres casos hay una razón para el juicio de inutilidad, pero el énfasis no está puesto en eso, en el objeto de conflicto, sino en la actitud de combate del que habla, en la intención de derrotar al interlocutor. Es, en este sentido, un conflicto más actoral que objetual (temático). Pasemos ya al siguiente nivel de debate que va a suponer una transición de conflicto esencialmente actoral a conflicto esencialmente objetual.

### 2.2. *Debatir es competir*

Los interlocutores que compiten pretenden ganar y ello supone aceptar que la contraparte tiene que perder; el juego es, por tanto, ganar-perder. Los objetivos de los interlocutores son estrictamente incompatibles entre sí, por lo que seguimos en el ámbito propio del conflicto. En este aspecto no hay diferencia entre este modo de debatir y el anterior. ¿Dónde radica, pues, la diferencia entre «combatir» y «competir» como modos de debate? Esencialmente en dos puntos: primero, quienes compiten se reconocen una legitimidad que no se reconocen quienes combaten. Este reconocimiento de legitimidad se traduce en que el objetivo de los actores es defender una tesis y/o rebatir una tesis opuesta, pero no destruir o descalificar al adversario. En este sentido y a diferencia de lo que ocurría en el debate combativo, el debate competitivo es temático, tiene tintes mucho más objetuales que actorales. Por ilustrarlo en lenguaje llano, aquí podrá alegarse «eso que dices es una tontería porque...», pero ya no valdrá decir al oponente «eres un imbécil porque...». Ahora hay un objeto de debate distinto y separado de los interlocutores. Una bue-

na manera de mostrar este cambio discursivo es atender al papel de traductor del lenguaje del conflicto que desde siempre se ha atribuido al rol del abogado en relación con su cliente. El cliente, que es un actor del conflicto, tiende a personalizar el problema, mientras que el abogado, que es un profesional del conflicto, debe tratar de despersonalizarlo, de objetivarlo. Segundo, «combatir» y «competir» como formas de debate se diferencian también por el papel que juegan las reglas. En general, «debatir es competir» es una actividad mucho más reglada que «debatir es combatir». Si bien se considera, una guerra sin reglas es concebible; una competición, no. En la propia definición de competición está la idea de regla; y conectada con ella la de competir respetando las reglas del juego limpio. Todos los ámbitos competitivos ordinarios están reglados: los mercados, los juegos, los deportes, los juicios, etc. En este tipo de debates es característica la denuncia de falacias en el sentido de trampas discursivas, de violación de las reglas del discurso, etc. Las reglas serán formales o informales dependiendo del grado de institucionalización y del contexto en que tenga lugar este tipo de debate, pero es consustancial al mismo la existencia de reglas. Naturalmente, no es lo mismo una vista oral de un juicio, una mesa redonda sobre la despenalización del aborto, o una discusión de bar sobre si Messi o Cristiano, pero en todos estos contextos de debate hay reglas y los interlocutores están atentos al grado de cumplimiento de las mismas.

En «debatir es competir», la situación inicial es la de dos sujetos que mantienen posiciones enfrentadas sobre una cuestión que resulta *controvertida*; es decir, los interlocutores mantienen posiciones incompatibles (hay antagonismo), pero se reconocen plena legitimidad. Por eso, en términos generales, las argumentaciones *ad hominem* se consideran falaces, porque no está en cuestión la legitimidad del interlocutor. La finalidad que persiguen los interlocutores es ganar. La forma más clara y contundente de ganar un debate de este tipo es derrotar al adversario: que el contrincante «tire la toalla», que conceda la victoria, porque se ha quedado sin razones. Nótese que conceder la victoria no es estrictamente equivalente a dar la razón; en este modo de debatir, los sujetos tienen una actitud cerrada respecto de la cuestión controvertida, no están dispuestos a cambiar de opinión. Este resultado óptimo es ciertamente infrecuente; tanto es así que bien puede decirse que la finalidad de los participantes no es ni mucho menos convencer al contrincante, sino definir de manera clara los puntos de acuerdo y desacuerdo. Fijar con precisión qué les une y qué les separa, porque una forma típica de proceder es delegar el juicio: que juzgue un tercero. Este rol del tercero puede estar más o menos institucionalizado, pero es bien claro. Retoman-

do los tres ejemplos antes mencionados, el tercero puede ser el juez que preside la vista oral en un juicio, el público que asiste a la mesa redonda sobre el aborto o los compañeros de la tertulia de café que son testigos de la controversia sobre si Messi o Cristiano.

### 2.3. *Debatir es explorar y/o diagnosticar*

En el ámbito de la medicina, diagnosticar es recoger y analizar datos para llegar a determinar el carácter de una enfermedad. «Debatir es diagnosticar» evoca la imagen de una sesión clínica. Un conjunto de médicos reunidos en torno a una historia clínica (es decir, en torno al conjunto de los datos recabados en los diferentes exámenes realizados a un paciente durante la exploración) con la finalidad de llegar a determinar qué enfermedad padece y qué tratamiento hay que aplicarle. Todos los participantes en la sesión clínica persiguen lo mismo: realizar un diagnóstico correcto y determinar el tratamiento adecuado. Esta profunda unidad de fines impregna toda esta forma de debatir. En efecto, es posible que en el desarrollo de una sesión clínica, los interlocutores lleguen a formular hipótesis incompatibles entre sí, pero ello no altera la naturaleza de este tipo de debate; solo un observador muy superficial podría llegar a pensar que ese mero hecho hace que «debatir es diagnosticar» se transforme en «debatir es competir». La diferencia entre una forma y otra no radica en eso, en que pueda haber contraste de opiniones. Estriba en que el punto de partida en «debatir es diagnosticar» no es un enfrentamiento en torno a una cuestión *controvertida* (como en «debatir es competir»), sino en torno a una cuestión que todos los interlocutores consideran *difícil*. En efecto, en «debatir es competir» (en las controversias) se trata de un choque dialéctico entre sujetos que tienen resuelta la cuestión controvertida: para cada uno de los contendientes individualmente considerados, la cuestión que debatir es *fácil*; su actitud en relación con el problema de fondo es *cerrada*, pues no están dispuestos a cambiar de opinión; y ocurre que consideran que el interlocutor está simultáneamente *equivocado* y *cerrado* al cambio.

Nada de esto ocurre en «debatir es diagnosticar». La dificultad de la cuestión, la conciencia de la dificultad de la cuestión, es lo que dota de sentido cooperativo a la participación en esta forma de debate. En torno a los síntomas de un simple resfriado no tiene propósito organizar una sesión clínica. Nótese que la finalidad de una sesión clínica no es tanto ponerse de acuerdo en torno al diagnóstico y el tratamiento, sino poner en común los conocimientos de cada uno de los participantes para que, tras el debate, todos los que han participado en él entiendan mejor el

problema y vean con más claridad su solución; es decir, estén en condiciones de hacer un diagnóstico mejor[7].

Ejemplos de debates de este tipo se dan en la investigación científica, en los seminarios universitarios, en las comisiones de asesoramiento, en los tribunales colegiados, etc. La situación inicial entre los participantes es de cooperación: les une, por un lado, el hecho de compartir un problema que todos ellos consideran difícil y, por otro, la conciencia, también compartida, de que debatir el problema aumenta de manera sobresaliente las probabilidades de resolverlo satisfactoriamente o, al menos, de verlo con mayor claridad. Es decir, todos los participantes piensan que, con independencia de que se pongan de acuerdo o no respecto de la solución del problema difícil, el debate es, en sí mismo, productivo; es, en sí mismo, un bien. Coloca a todos los participantes en mejores condiciones de abordar el problema y de resolverlo. Coherentemente con ello, los interlocutores se reconocen plena legitimidad. Antes dije que «debatir es diagnosticar» exige un problema difícil (no tiene sentido una sesión clínica en torno a un simple catarro); pues bien, «pide» también interlocutores competentes: gente con capacidad para arrojar luz sobre el problema difícil. Por tanto, el reconocimiento de legitimidad entre los participantes en este tipo de debate pende sobre dos cosas: *a*) competencia para aportar algo a la solución del problema; no se entabla este tipo de debate con alguien a quien

7. En este punto conviene llamar la atención respecto del denominado *escepticismo* en el ámbito de la razón práctica, en general, y de la interpretación del Derecho, en particular. El ejemplo de la sesión clínica es plausible y aceptable para todo el mundo porque se trata de un problema teórico (de un problema de conocimiento sobre la enfermedad, de *incertidumbre* respecto de la enfermedad). En este ámbito, todo el mundo acepta que puede haber casos difíciles que generan incertidumbre, pero nadie piensa que haya casos de *indeterminación*. Por eso, en el ámbito teórico, todo el mundo admite que tiene sentido «debatir es diagnosticar». Sin embargo, todos los escépticos en el ámbito de la razón práctica tienden a pensar que, en realidad, en este ámbito no hay casos de incertidumbre, sino más bien casos de indeterminación. En el ámbito de la razón práctica, los escépticos piensan que si hay convención (acuerdo), entonces no hay caso difícil; y si no hay convención, entonces tampoco hay caso difícil, lo único que hay es caso controvertido. O dicho en otros términos, para un escéptico, la única fuente de dificultad provendrá de la controversia. Si el problema/caso está convencionalmente resuelto entonces el problema/caso no es difícil; y si el problema/caso no está convencionalmente resuelto, entonces no hay una única solución para ese caso; y, por tanto, no tiene sentido debatirla como si la hubiera. Los *escépticos* en el ámbito de la razón práctica vendrían a sostener que más allá de la convención solo hay *controversia* («debatir es competir») e *indeterminación* («no hay una única respuesta correcta»); los *no escépticos* admiten la *deliberación* («debatir es diagnosticar») y la *incertidumbre* («puede haber una respuesta correcta, aunque no la conozcamos»). Sobre el escepticismo y la distinción entre incertidumbre e indeterminación, véase R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, pp. 88 ss.

se considera o bien un ignorante en la materia, o bien un «zoquete». Y *b*) actitud cooperativa suficiente; en este sentido, la «gorronería», la reserva mental, la hostilidad, los complejos de superioridad, o de inferioridad, la pretensión de autoridad, la arrogancia, la vanidad, etc., son obstáculos para una actuación legítima en esta forma de debate.

Si se tiene claro lo anterior, es fácil de entender el papel específico que las reglas juegan en el ámbito de «debatir es diagnosticar». Al no tratarse de un debate competitivo, la finalidad de las reglas no es tanto garantizar los «derechos» de los participantes en el debate (pues no se oponen unos a otros) cuanto preservar el sentido cooperativo y productivo del mismo. Por ejemplo, si en un debate de esta naturaleza dos interlocutores se encastillan (ya sea por vanidad, cabezonería o, incluso, por creencia firme en que tienen razón), no tiene sentido empezar a pensar en términos de igualdad de derechos (de a tantas réplicas corresponden tantas dúplicas y cosas por el estilo); lo que procede, más bien, es cortar de raíz los intercambios improductivos y reordenar el debate para que vuelva a cumplir la función que se espera de él. Naturalmente, puede debatirse «fuerte», no hay ningún inconveniente en que la discusión sea intensa. Es más, puede pensarse que si no se es duro con el problema (si, por ejemplo, no se aguantan suficientemente las posturas encontradas), el debate pierde su sentido productivo, su sentido de «exploración». La tensión intelectual es fundamental para que el debate resulte fructífero; en consecuencia, las reglas no pueden (no deben) oponerse a la referida tensión intelectual, sino más bien favorecerla. Si bien se considera, las reglas que regulan «debatir es diagnosticar» son siempre un compromiso entre dos principios: el principio de *productividad* (el debate debe ser esclarecedor, productivo, provechoso, fructífero, etc.) y el principio de *cooperación* (debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder).

Para acabar de perfilar «debatir es diagnosticar», tratemos de poner algunos ejemplos de conductas aquí prohibidas que, sin embargo, se consideran perfectamente permitidas, por ejemplo, en «debatir es competir». En un debate competitivo se considera lícito deformar «algo» (simplificar, caricaturizar, etc.) las tesis del contrincante con el fin de allanar el camino para la crítica. Naturalmente, puede ocurrir que alguien «se pase» en la deformación y que, en consecuencia, no consiga los efectos buscados. Habrá errado en su estrategia al realizar este lance de juego, pero no habrá incumplido ninguna regla del juego. La misma conducta —deformar para criticar— es estrictamente ilícita en «debatir es diagnosticar». La razón no es tanto salvaguardar los derechos del sujeto pasivo de la deformación cuanto preservar el bien colectivo del debate y su carácter productivo; no se trata de ganar (quién gana), sino de aclarar un

problema difícil. En definitiva, algo que resulta válido para un juego estratégico del tipo ganar-perder está estrictamente prohibido para un juego comunicativo del tipo ganar-ganar[8].

Otro ejemplo de conducta prohibida es la descalificación directa de tesis relativas al problema objeto de discusión sostenidas por algún interlocutor. Naturalmente, no se trata de tolerar el puro ruido deliberativo o el mero error, sino más bien de que la dinámica del debate favorezca la «creatividad» en la búsqueda de las respuestas; y para ello, no hay que impedir que los interlocutores asuman ciertos «riesgos» en la formulación de propuestas. Así ocurre, por ejemplo, en las llamadas «tormentas de ideas», que son un caso paradigmático de forma cooperativa de debatir. Pero, más en general, si los interlocutores se reconocen plena legitimidad (no se olvide que aquí entraña reconocerse capacidad intelectual y actitud cooperativa, no se debate de este modo con incompetentes ni con zoquetes), frases del tipo de «eso que dices es una chorrada» están estrictamente fuera de lugar.

Si prescindimos de los elementos circunstanciales que limitan los debates reales (como, por ejemplo, el tiempo), «debatir es diagnosticar» se termina cuando se extinguen las condiciones de la cooperación; es decir, cuando todos los interlocutores emiten un «ya tengo un diagnóstico», un «ya tengo clara la solución del problema que *era* difícil». Lo que de entrada (la situación inicial) era un problema difícil para todos, en la salida (el resultado típico) es un «todos lo tenemos claro». Nótese que del hecho de que todos los interlocutores tengan clara la solución del problema no se sigue que todos ellos participen de la misma solución. Se sigue solo que para todos ellos (para cada uno de ellos), el problema deja de ser difícil y, en consecuencia, pierde sentido la cooperación. Naturalmente puede ocurrir que se produzca una concurrencia de «conciencias esclarecidas» por el debate; es decir, que todos alcancen el mismo diagnóstico. En tal caso, los

8. En este ámbito, en «debatir es diagnosticar», el debate no es un mero marco para ganar; en consecuencia, la práctica del debate requiere, más que una correcta distribución de derechos y deberes entre los interlocutores, el desarrollo por parte de los mismos de *ciertas* virtudes discursivas especialmente aptas para generar y preservar el bien colectivo del debate. A propósito de la noción de virtud, escribe MacIntyre: «[U]na virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes [...] los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son el resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad [en nuestro caso, para todos los participantes en el debate]» (A. MacIntyre, *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, p. 237).

participantes podrán felicitarse porque el debate habrá resultado doblemente productivo, pues se habrá generado, por un lado, el esclarecimiento de cada una de las conciencias de los participantes a propósito del problema difícil y, por otro, un consenso por concurrencia en relación con el mismo. Ahora bien, el sentido de este tipo de debate es contribuir a esclarecer las conciencias de los participantes en torno a un problema difícil, no resolver un problema de coordinación entre ellos. En consecuencia, una vez esclarecidas las conciencias, este tipo de debate se extingue. Si la interlocución argumentativa entre los participantes continúa (es decir, si el debate continúa), entonces necesariamente se abandona la forma «debatir es diagnosticar» y se transita hacia otra forma de debate. Básicamente, caben dos posibilidades. La primera posibilidad es transitar a «debatir es competir». El final de la cooperación entre los interlocutores da comienzo a una competencia entre ellos para conseguir ganar. Nótese que lo que era un problema difícil en la entrada de «debatir es diagnosticar», se ha convertido en una «cuestión controvertida» en la salida, es decir, cuando todos «lo tienen claro», pero no están de acuerdo. La segunda posibilidad es transitar desde «debatir es diagnosticar» hacia el último tipo ideal de debate que aquí voy a desarrollar, transitar hacia «debatir es construir».

### 2.4. *Debatir es construir*

«Construir» es fabricar, edificar, crear algo dotado de unidad, separado y distinto de los constructores. Quienes construyen conjuntamente algo resuelven problemas de dos tipos. Por un lado, problemas de conocimiento y, por otro, problemas de coordinación de conductas (construir implica hacer, no basta con saber). Pues bien, transitar de «debatir es diagnosticar» a «debatir es construir» supone dar un paso más en el nivel de cooperación entre los sujetos que debaten. ¿En qué consiste este paso? Las reglas que rigen el *proceso* de este tipo de debate son prácticamente las mismas que las del anterior. Se trata también de un debate cooperativo que persigue esclarecer las conciencias de los participantes, su conocimiento reflexivo. Aquí, además de los principios de *productividad* (el debate debe ser útil, provechoso, fructífero, esclarecedor, etc.) y de *cooperación* (el debate debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder), rige también el principio de *consenso*. ¿Qué entraña la incorporación de este nuevo principio? Más o menos lo siguiente: la legitimidad que se reconocen recíprocamente los interlocutores es de tal magnitud que todos ellos aceptan que no alcanzar el consenso en torno a una respuesta correcta significa para todos ellos que no han resuelto el problema. En tanto no hay consenso, avenencia, no hay solución del problema. Por ello, respecto de este

tipo de debate suele decirse que el consenso es *constitutivo* de la solución del problema. La solución es, y solo puede ser, una «obra» de todos los interlocutores. Naturalmente, si uno analiza este tipo de debate en términos de poder, el resultado que se obtiene es realmente muy poco atractivo. En efecto, supone reconocer un «derecho de veto» a cada participante, lo que, al final, puede acabar resultando totalmente despótico e inoperante. Por ello, y porque en términos sociales los elementos de poder son ineliminables, suele decirse que no es recomendable seguir este esquema de debate en el diseño de instituciones sociales. Ahora bien, de ahí no se sigue que no haya contextos en los que esta forma de debate tenga pleno sentido. En efecto, antes dije a propósito del otro tipo de debate cooperativo («debatir es diagnosticar») que entender sus reglas en términos de derechos y deberes de los participantes era un error porque en el contexto de ese debate, los sujetos no se oponen los unos a los otros; entre ellos hay una unidad de fines que hace innecesaria la apelación a derechos y deberes. Lo mismo ocurre aquí con la cuestión del poder. No tiene sentido decir que cada interlocutor reconoce un poder (derecho) de veto a los otros interlocutores. La situación es otra, los interlocutores mantienen entre sí tal grado de «necesidad recíproca» (se «necesitan» tanto) que para cada uno de ellos, el hecho de que el otro no acepte la solución propuesta constituye una razón para creer que, en realidad, la propuesta no constituye realmente una solución. No olvidemos que el reconocimiento de la legitimidad depende del reconocimiento, por un lado, de competencia (capacidad) para contribuir a la solución del problema y, por otro, de actitud cooperativa. Pues bien, el reconocimiento máximo de legitimidad entre interlocutores lleva a reconocerse recíprocamente no un derecho de veto (pues en este tipo de debate no hay espacio para ese derecho), sino que si no hay consenso, no hay solución del problema. La metáfora constructiva expresa bien que la solución al problema difícil no es una cuestión de mero esclarecimiento de las conciencias individuales, sino de crear algo distinto y separado de las mismas. Aunque este tipo de debate se presta mucho a la idealización, aquí interesa sobre todo situarlo en contextos reales y cotidianos. Y para ello es fundamental darse cuenta de que cualquier posibilidad de alcanzar tan alto grado de cooperación discursiva pende más sobre la identidad (la relación) de los sujetos que sobre la naturaleza del problema por resolver. Explica más la peculiar necesidad (o, incluso, afecto) entre los interlocutores que la dificultad del problema que se trata de resolver. Es, en este sentido, una cooperación más actoral que objetual. Pongamos un ejemplo bien real y cotidiano de esta forma de debatir. Imaginemos una pareja bien avenida que tiene un hijo en edad de ser escolarizado. Los padres tienen diversas opciones y ambos piensan que, en los tiempos que corren, es di-

fícil saber qué es lo mejor para su hijo. A pesar de que no se trata de una cuestión controvertida (porque ambos se mantienen abiertos) ocurre que, en principio, tienen preferencias diferentes. Los dos se reconocen mutuamente plena capacidad para evaluar la situación y plena disposición a cooperar para determinar qué es lo mejor para su hijo. Ninguno de los dos piensa que la cuestión pueda abordarse en términos de un intercambio y, por tanto, desde el principio excluyen la posibilidad de un acuerdo del siguiente tipo: «Dado que no opinamos igual, los dos cedemos en algo: tú eliges el colegio y yo las actividades extraescolares». ¿Qué alternativas tienen? La mejor alternativa es entablar un diálogo cooperativo orientado no solo a esclarecer la conciencia de cada uno de ellos respecto de qué es lo mejor para su hijo, sino también a fraguar un consenso. Para que ello sea posible, no se trata —como ya se ha dicho— de que ambos se otorguen recíprocamente un derecho de veto. Se trata, más bien, de que cada uno reconozca en su interlocutor un sujeto con tanta capacidad y actitud como las propias (tanta legitimidad como a uno mismo), de forma que cada uno pueda pensar que si el otro no ve clara la solución del problema, es que, en realidad, la solución del problema no está clara. En estas condiciones, todo lo que no sea genuino consenso entre los participantes es pura pérdida para todos ellos.

Esta misma idea de pérdida para todos es la que está referida tras la noción, por ejemplo, de «consenso constitucional». En un proceso constituyente, siempre que una «facción política» abandona el «consenso constitucional», puede hablarse de fracaso constitucional. De la noción de fracaso constitucional no se sigue un deber de las otras facciones políticas de hacer concesiones para que la que se ha retirado regrese al consenso (eso sería reconocerle un derecho de veto), sino simplemente la idea de que o bien la constitución es obra de todos, o bien todos pierden en algún sentido[9].

9. Alcanzar un acuerdo en torno a una constitución rígida (es decir, difícilmente modificable) enfrenta dos grandes problemas. El primer problema es el del *consenso*, esto es, tenemos dificultades para ponernos de acuerdo sobre lo correcto. El segundo problema es el del *compromiso*: tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque, en abstracto y por adelantado, no somos capaces de determinar exhaustivamente las circunstancias en las que las reglas deberían regir. La conciencia de estas dos dificultades permite explicar bien el papel que juegan los acuerdos incompletamente teorizados a la hora de alcanzar acuerdos en la redacción de los textos constitucionales, a la hora de fraguar *consensos* constitucionales. De ello me he ocupado en J. Aguiló Regla, «'Tener una constitución', 'darse una constitución' y 'vivir en constitución'»: *Isonomía*, 28 (2008); y en «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012).

## 3. LOS CUATRO TIPOS IDEALES DE DEBATE. CUADRO Y RESUMEN

A continuación presento un cuadro que trata de resumir todo lo anterior. Sin embargo, el cuadro incorpora dos novedades respecto de lo ya expuesto. La primera es que el cuadro está dotado de una simetría de la que ha carecido la exposición anterior; y ello tiene la ventaja de que permite (facilita) la comparación entre los diferentes modos de debatir. La segunda novedad es que el cuadro asigna un nombre a cada modo de debatir. La cuestión de los nombres es controvertida pero no fundamental. Por ello, como se ve, sigo evitando su problematización.

CUATRO MODOS DE DEBATIR

| 1. Debatir es combatir: DISPUTA |
|---|
| *Ejemplos*<br>— Debates erísticos: enfrentamiento político, pelea de pareja, etcétera.<br>*Relación entre los interlocutores*<br>— De conflicto (ganar-perder).<br>— Debate actoral (el problema es el interlocutor, los temas son accesorios).<br>— Hostilidad.<br>*Finalidad del debate*<br>— Determinar qué interlocutor se impone al otro.<br>*Situación inicial*<br>— Incertidumbre en relación con quién se va a imponer.<br>— Certeza respecto de la actitud del interlocutor: rivalidad.<br>*Tipo de racionalidad*<br>— Estratégica (orientada al propio éxito).<br>*Posibles resultados*<br>— Un actor gana y otro pierde (uno se impone al otro).<br>— Ningún actor gana (ninguno se impone).<br>*Reglas*<br>— Procedimentales y neutrales que garanticen el principio de igualdad de derechos entre los interlocutores. |

2. Debatir es competir: CONTROVERSIA

*Ejemplos*

— Debate legislativo, mesa redonda, ponencia y contraponencia, acusación y defensa.

*Relación entre los interlocutores*

— De conflicto (ganar-perder).
— Debate temático (hay una *cuestión controvertida*; el problema está separado de las personas).
— Cabe tanto la hostilidad como la cordialidad.

*Finalidad*

— Determinar qué opinión prevalece frente a otras a propósito de una cuestión controvertida.

*Situación inicial*

— Incertidumbre respecto de qué opinión va a prevalecer.
— Certeza respecto de la actitud competitiva (cerrada) del interlocutor.

*Tipo de racionalidad*

— Estratégica (orientada al propio éxito).

*Posibles resultados*

— Una opinión prevalece sobre las demás.
— Exposición de las respectivas opiniones y delegación del juicio en un tercero (el público, un juez, etcétera).

*Reglas*

— Procedimentales y neutrales que garanticen el principio de igualdad de derechos entre los interlocutores.
— Sustantivas que aseguren el carácter temático del debate, que el tema objeto de debate realmente se discuta y que los interlocutores no evadan la cuestión (principio de controversia).

3. Debatir es diagnosticar: DIÁLOGO RACIONAL, DELIBERACIÓN

*Ejemplos*

— Sesión clínica, investigación científica, deliberación de un tribunal judicial o de un tribunal de oposiciones, comisión técnica, etcétera.

*Relación entre los interlocutores*

— De cooperación (ganar-ganar).
— Debate temático (sin *problema difícil* no hay diálogo racional, deliberación).
— Cordialidad; la hostilidad está fuera de lugar.

3. Debatir es diagnosticar: DIÁLOGO RACIONAL, DELIBERACIÓN

*Situación inicial*

— Incertidumbre sobre si se va a resolver el problema difícil.
— Certeza respecto del valor del debate mismo.
— Certeza respecto de la capacidad de los interlocutores y de su actitud cooperativa (abierta).

*Finalidad*

— Resolver un problema difícil o, al menos, arrojar luz sobre el mismo.

*Racionalidad*

— Comunicativa (orientada al entendimiento).

*Posible resultado*

— Todos alcanzan una solución del problema («ya lo tengo claro», ganar-ganar).
— La concurrencia en la misma solución es contingente, no definitoria.
— Cuando todos lo tienen claro, se extinguen las condiciones de posibilidad de este tipo de debate.

*Reglas*

— Todas las reglas, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los principios de productividad (el debate debe ser fructífero) y de cooperación (todos ganan). El correcto desarrollo de este tipo de debate es más una cuestión de virtudes de los interlocutores que de distribución de sus respectivos derechos y deberes.

4. Debatir es construir: CONSENSO, DEBATE CONSENSUAL

*Ejemplos*

— Debates constituyentes, equipos de trabajo, diseño de planes de vida compartidos, etcétera.

*Relación entre los interlocutores*

— De cooperación intensa (ganar-ganar); de necesidad recíproca.
— Debate actoral (sin la avenencia del otro, el problema no se resuelve).
— Cordialidad; la hostilidad está fuera de lugar.

*Situación inicial*

— Incertidumbre sobre si el debate va generar el consenso o no.
— Certeza respecto de la competencia de los interlocutores, de su actitud cooperativa (abierta) y de su disposición a alcanzar el consenso.

*Finalidad*

— Alcanzar un consenso.

| 4. Debatir es construir: CONSENSO, DEBATE CONSENSUAL |
|---|
| *Racionalidad*<br>— Comunicativa (orientada al entendimiento).<br>*Posibles resultados*<br>— Se alcanza el consenso: todos llegan a la solución. Nadie cede nada. Todos ganan.<br>— No se alcanza el consenso: nadie alcanza una solución. Todos pierden.<br>— Este tipo de debate se extingue cuando decae el reconocimiento recíproco del grado de legitimidad exigido para el mismo.<br>*Reglas*<br>— Todas las reglas, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los principios de productividad (el debate debe ser fructífero), de cooperación (todos ganan) y de consenso (el consenso es constitutivo de la solución). El correcto desarrollo de este tipo de debate es más una cuestión de virtudes de los interlocutores que de distribución de sus respectivos derechos y deberes. |

## 4. TRANSICIONES E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DEBATES

Todo lo anterior supone una reducción de complejidad. Muchas cosas se han quedado fuera de nuestro discurso y es posible que algún lector las eche en falta. Pero no hay que olvidar que se trata de un discurso instrumental para entender bien la negociación y la mediación. Lo que hemos hecho es tratar los diferentes modos de debatir bajo el prisma de la relación social; y, a partir de ahí, hemos tomado la variable conflicto/cooperación como la clave esencial para componer nuestra caracterización. Así, nos han salido dos formas de debatir conflictivas (una actoral, *la disputa*, y otra temática, *la controversia*) y dos formas cooperativas (una temática, *el diálogo racional*, y otra actoral, *el consenso* o *debate consensual*). La utilidad de estos «tipos ideales» radica en que nos permiten reconocer e interpretar las distintas situaciones sociales de debate.

Ahora bien, la realidad es compleja y continua, y puede ocurrir que haya situaciones concretas de debate que no se dejen encasillar en uno solo de los tipos propuestos. Los debates reales son fluidos y se producen, consciente o inconscientemente, transiciones de un tipo de debate a otro. Es más, ocurre con relativa frecuencia que las transiciones son asimétricas, es decir, que no todos los interlocutores transiten simultáneamente y en

la misma dirección. Por ejemplo, en un diálogo racional, un interlocutor evoluciona hacia una controversia, mientras que el otro sigue guiándose por las reglas del diálogo cooperativo; o en una controversia, uno evoluciona hacia una disputa y otro hacia un diálogo racional. Pues bien, las transiciones unilaterales o desequilibradas constituyen una de las principales fuentes de falacias en un debate. Recuérdese, como ya vimos, que lo que no es falaz en un tipo de debate perfectamente puede serlo en otro[10].

Los debates reales, los que tienen lugar en nuestra vida social, están más o menos institucionalizados, pero siempre están regulados por convenciones. Por ejemplo, dentro del tipo de las controversias, el debate de bar sobre si Messi o Cristiano está mucho menos institucionalizado que la mesa redonda sobre la despenalización del aborto. Eso es evidente. La institucionalización de un debate tiene la ventaja de la claridad: todos los interlocutores saben a qué juego están jugando. No quiero detenerme mucho en las formas institucionales de los distintos tipos de debate porque creo que, más o menos, todos las tenemos presentes. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre un punto que será crucial más adelante: las dos formas de debate conflictivo «piden» que se institucionalice la presencia de terceros; mientras que la de las dos formas de debate cooperativo, no. Veámoslo brevemente.

Imaginemos un debate entre dos candidatos a la presidencia de un país. La desconfianza entre los dos contendientes hace que deban tomarse medidas que garanticen sus respectivos «derechos». Interponer entre los contendientes la presencia de un tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas es una medida institucional tan básica y «natural» que no necesita justificación. Alguien podría pensar que la presencia institucional de un tercero desvirtúa la metáfora bélica que hemos utilizado para caracterizar las «disputas», pero ello no es así. Un «duelo» no es otra cosa que la institucionalización de una pelea a muerte (o a primera sangre). El conflicto, la incompatibilidad de los objetivos de los interlocutores (o de los duelistas), es lo que «pide» la institucionalización de un tercero neutral que vele por los derechos de los combatientes. Ahora bien, el sentido de este tipo de debates, de las disputas, nunca es «ganar por ganar»; sino, en realidad, «ganar para imponerse». Y ello, en términos institucionales, se traduce en la necesidad de contar con un público que sea testigo del desenlace, de la victoria y de la derrota. En las disputas, en

10. Cf. D. N. Walton, y E. C. W. Krabbe, *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, State University of New York Press, Albany, 1995, pp. 100 ss. Sobre esta cuestión y, más en general, sobre las falacias pragmáticas, véase M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 404 ss.

realidad, el público no juzga; solo lo hace en el caso de que no se haya producido un resultado claro. No se olvide que la cuestión no es quién tiene razón, sino quién vence. Igual ocurre en los duelos, los padrinos son *vigilantes* del cumplimiento de las reglas del duelo-proceso y *testigos* del desenlace del duelo-resultado. En resumen, hay disputas que no están institucionalizadas (una pelea de pareja); pero la institucionalización de las disputas suele conllevar la presencia de terceros que garanticen los derechos de los combatientes durante la disputa-proceso y que sean testigos del desenlace de la disputa-resultado.

La institucionalización de las controversias «pide» también la presencia de terceros. El carácter conflictivo y temático de las controversias dota de sentido la presencia de un tercero neutral cuyo papel es, por un lado, garantizar que se respeten los derechos de los competidores (de los contendientes) y, por otro, que se discuta la cuestión controvertida (que no se evada la cuestión). Si bien se considera, este es el papel típico del moderador de un debate. Ahora bien, en las controversias, cada interlocutor tiene clara la solución que propone para la cuestión controvertida y, en general, está poco dispuesto a cambiarla. Por ello, el sentido de este tipo de debate no es tanto persuadir al otro (se asume que ambos interlocutores estarán cerrados a los argumentos) cuanto convencer a un(os) tercero(s) que será(n) quien(es) «juzgará(n)» la cuestión. La institucionalización de las controversias reclama el papel de un tercero que juzgue la cuestión controvertida, que evalúe el choque de soluciones incompatibles. Ese tercero puede ser un juez, un tribunal colegiado, el público asistente al debate, etcétera.

Por el contrario, el rol de los terceros pierde mucho sentido en los debates cooperativos. En efecto, en los debates cooperativos institucionalizados puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinador o que ejerza de presidente del grupo de debate o algo por el estilo. Pero estos roles especiales o diferenciados no excluyen a quien lo ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate. El coordinador de una sesión clínica es un participante más, no es un tercero neutral. El presidente de un tribunal durante la deliberación es un deliberante más, no un tercero neutral. Estos roles están vinculados con resolver problemas de coordinación y con velar para que el debate sea productivo. La ausencia de conflicto hace superflua en gran medida la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas. Además, el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación rinde sus frutos sin necesidad de que intervengan terceros que den testimonio del resultado, o que juzguen quién o qué tesis ha ganado. Ello es así porque en los debates cooperativos todos están llamados a ganar.

## 5. ¿Y LA NEGOCIACIÓN? ¿DÓNDE ENCAJA?

Hay autores que han individualizado la negociación como un tipo autónomo de debate (o de diálogo argumentativo)[11]. Naturalmente, nada impide verlo así. Es más, una de las tesis centrales de este libro —y que trataré de concretar más adelante— es que la negociación se entiende mejor si se la considera como una interacción entre individuos esencialmente argumentativa, es decir, como un debate. Sin embargo, no encaja dentro de nuestra escala construida a partir de la variable conflicto/cooperación. La razón es clara: como se verá en los próximos capítulos, una negociación puede recorrer cualquiera de los modos de debatir arriba destacados. Es decir, en una negociación puede haber momentos de disputa, de controversia, de diálogo racional y de consenso. Es más, la escala ha sido construida de esta forma para poder explicar aspectos importantes de la negociación (y de la mediación). Por ello, introducir la negociación como un modo diferenciado dentro de esta escala hubiera reducido de manera drástica el potencial explicativo de la misma. Ello no obsta, sin embargo, para que valga la pena intentar el ejercicio de tratar de encajar la negociación dentro de nuestra escala de tipos ideales de debate construida a partir de la variable conflicto/cooperación. El fracaso en el intento nos dará las claves del porqué. Procedamos, pues, como hemos hecho en los casos anteriores.

La metáfora apropiada para presentar la negociación como tipo ideal de debate diferenciado de los demás podría ser «debatir es intercambiar». Y el lugar adecuado en el que ubicar la negociación dentro de la ordenación que va desde el nivel máximo de conflicto hasta el nivel máximo de cooperación podría ser el punto medio. Es decir, «debatir es intercambiar» se situaría entre «debatir es competir» (controversia) y «debatir es explorar» (diálogo racional). Establecido así el marco, la presentación de la negociación como un tipo ideal de debate hubiera podido ser algo muy parecido a lo siguiente:

«Intercambiar» es comprar y vender, trocar, permutar, tratar, comerciar, etc. Naturalmente, el intercambio al que se refiere la metáfora no es el que tiene lugar entre los interlocutores de cualquier diálogo; pues dialogar es, por definición, intercambiar locuciones. No, «debatir es intercambiar» alude a algo así como que los interlocutores intercambian locuciones (es decir, dialogan) con la *finalidad* de intercambiar algo distinto de las locuciones mismas. Los ejemplos paradigmáticos de lo que significa

11. Véase, por ejemplo, A. Cattani, *Los usos de la retórica*, cit., p. 74, y D. N. Walton, *Arguments from Ignorance*, The Pennsylvania State University, Pennsylvania, 1996, p. 190.

«debatir es intercambiar» son las situaciones de negociación. Quienes se embarcan en un debate orientado a conseguir un intercambio no buscan cualquier intercambio. Pretenden conseguir el intercambio que satisfaga en la mayor medida posible sus intereses; es decir, tratan de maximizar aquello que les mueve a buscar el intercambio. En otras palabras, son —suele decirse— maximizadores de sus propios intereses. Típicamente es así, pero este dato no es suficiente para determinar la naturaleza de la relación que entablan los sujetos que participan en este tipo de debate. Ocurre que cada uno de los participantes puede percibir sus propios intereses como compatibles (complementarios) o incompatibles con los de su interlocutor. Si ambos interlocutores perciben sus respectivos intereses como incompatibles, entonces el proceso de diálogo adquirirá tintes esencialmente conflictivos; por el contrario, si ambos los perciben como complementarios, los tintes del diálogo serán esencialmente cooperativos. Ahora bien, ¿cuál es la percepción de cada interlocutor y cuál es su disposición hacia el intercambio? Eso es algo que solo el proceso de debate puede llegar a despejar. La situación inicial propia de este tipo de debates es de *incertidumbre* respecto de las posibilidades de intercambio («no sé si mi interlocutor quiere intercambiar; y, en el caso de que sí quiera, tampoco sé a qué coste está dispuesto a hacerlo»). La incertidumbre de cada interlocutor alcanza también a las actitudes de la respectiva contraparte («no sé si las locuciones de mi interlocutor son comunicativas o estratégicas»). Esta doble incertidumbre se traduce en que los interlocutores se otorgan un crédito limitado, se reconocen una legitimidad provisional que, en realidad, está por demostrar. El siguiente diálogo entre un payés mallorquín que es propietario de una casa de pueblo y un *foraster* que la ha visto y pretende comprarla puede servir para ilustrar la doble incertidumbre a la que me estoy refiriendo.

—Buenos días ¿Es suya la casa X? —pregunta el *foraster*—. En el bar de la plaza me han dicho que usted es el propietario y que tal vez estaría interesado en venderla. Se lo digo porque yo quisiera comprarla.

—Sí, es mía... y venderla, hombre, depende —contesta el payés.

—¿Por cuánto la vendería?

—No la vendo. Bueno..., por 100.

—¡Eso es muchísimo! La casa está medio en ruinas —dice el *foraster*.

Hasta ahí, el diálogo es bien creíble. Ante la alegación del defecto por parte del *foraster* («la casa está medio en ruinas»), las respuestas posibles del payés típicamente serían tres: *a*) negar el defecto («No es cierto, la casa solo necesita una mano de pintura»); *b*) aceptar la existencia del defecto y alegar que ya está reflejado en el precio («Si no estuviera medio

en ruinas, la casa valdría el doble») y *c*) aceptar la existencia del defecto y ajustar el precio a la baja («Es cierto que la casa no está en muy buen estado y en relación con el precio podría hacerse algún ajuste»). Es decir, el payés toma la alegación del defecto como un argumento y lo contesta como tal. Ahora bien, este diálogo muy común y vulgar ilustra bien dos cosas que son características de este tipo de situaciones: la primera es sencilla y no voy a dedicarle mucho tiempo porque me parece obvia. El ejemplo ilustra un diálogo argumentativo. En algunas intervenciones, esto es clarísimo, como en la de la alegación del defecto y la expectativa de respuestas típicas. Todo ello no es nada distinto de la bien conocida relación argumento/contraargumento. Y si esto es así, el diálogo que acompaña al intercambio es, conforme a lo estipulado, esencialmente un debate.

La segunda cosa que el anterior diálogo ilustra bien es la incertidumbre en la que se hallan los interlocutores en la situación inicial de este tipo de debates. Con lo avanzado en el diálogo de nuestro ejemplo, la situación es esta: el payés no sabe si el *foraster* compraría por cien y el *foraster* no sabe si el payés vendería finalmente por menos de cien. Pero la incertidumbre alcanza no solo a la cuestión de dónde está el posible punto de encuentro para realizar el intercambio. Va bastante más allá, pues si uno no se queda en lo meramente superficial, se da cuenta de que ninguno de los dos sujetos sabe si la conducta de su interlocutor es comunicativa o estratégica. Caben las cuatro combinaciones posibles entre los dos personajes. En definitiva, lo que quiero resaltar es que los diálogos orientados al intercambio («debatir es intercambiar») se caracterizan frente a las otras formas de debate por la doble incertidumbre en la que se halla cada interlocutor; pues abarcan no solo a si es posible alcanzar el resultado buscado (el intercambio en el punto deseado), sino también a la actitud que cabe esperar del interlocutor. Es decir, cada participante ignora si los movimientos e intervenciones de su interlocutor son comunicativos (orientados al entendimiento) o estratégicos (orientados únicamente al propio éxito), pues la negociación —como se verá con más detalle— es compatible con ambas situaciones. Estas dos incógnitas solo podrán despejarse a medida que se desarrolle el propio debate. Esto marca una diferencia fundamental en relación con las cuatro formas de debate anteriormente analizadas. En las disputas («debatir es combatir») y en las controversias («debatir es competir») hay incertidumbre respecto del posible resultado (quién va a tener éxito, quién va a vencer el combate o ganar la competición); y esta duda solo puede resolverse a través del desarrollo del debate (solo el desarrollo del debate-proceso puede despejar la incógnita respecto del debate-resultado). Pero en ambas formas de debate está meridianamente claro (pues es definitorio de las mismas)

que el interlocutor es un rival y que la conducta que cabe esperar de él es estratégica; aunque tal vez —y por razones estratégicas— adopte formas (en el sentido de apariencias) comunicativas. Todos los sujetos participantes saben que las actitudes de sus interlocutores son estrictamente estratégicas, que están embarcados en un «juego» estratégico y que los respectivos intereses son incompatibles entre sí. Frente a la claridad de «debatir es combatir» y de «debatir es competir», la ambigüedad de «debatir es intercambiar». Lo mismo podría decirse de las otras dos formas de debate, de las formas cooperativas: hay incertidumbre respecto de si el debate va a producir los resultados esperados, es decir, si va contribuir a aclarar la cuestión difícil en «debatir es diagnosticar» o a generar consenso en «debatir es construir»; pero la incertidumbre no alcanza a las actitudes y expectativas de conducta de los respectivos interlocutores. De nuevo, frente a la claridad de la deliberación («debatir es diagnosticar») y del consenso («debatir es construir»), la ambigüedad de la negociación («debatir es intercambiar»).

Finalmente, los posibles resultados de «debatir es intercambiar» son muchísimos, y van desde la ruptura traumática del proceso de debate hasta la organización conjunta de «festejos» para celebrar el intercambio alcanzado (porque ambos interlocutores piensan que han realizado sus propios fines). En general, lo que suele ocurrir es que cada parte, por un lado, rectifica parcialmente sus posiciones iniciales y, por otro, hace una valoración relativa de los resultados obtenidos, es decir, comparada con los resultados obtenidos por la contraparte. Una forma típica de expresar este resultado es «los dos podemos darnos por satisfechos, ambos hemos cedido».

El siguiente cuadro vendría a ser un resumen de lo que se acaba de decir.

En definitiva, lo que muestra todo lo anterior es que si uno toma la variable conflicto/cooperación como el criterio relevante para construir la diferenciación de tipos ideales de debate, entonces la negociación no puede verse como un tipo diferenciado. Más bien ocurre que el debate negocial se diluye dentro de los demás tipos: los tipos aquí generados permiten entender la dinámica del debate negocial y las diferentes formas de negociar, pero nada más. Para aislar la negociación como un tipo diferenciado de debate, habrá que acudir a un criterio de clasificación distinto del suministrado por la variable conflicto/cooperación. Veámoslo.

Debatir es intercambiar: NEGOCIACIÓN

*Ejemplos*

— Diálogo mercantil propio de los negocios, negociación sindical, etcétera.

*Relación entre los interlocutores*

— De conflicto/cooperación (ganar-perder/ganar-ganar).
— Debate actoral/debate temático.
— Cabe tanto la hostilidad como la cordialidad.

*Situación inicial*

— Incertidumbre respecto de las posibilidades de intercambiar.
— Incertidumbre respecto de la actitud del interlocutor: la negociación es compatible tanto con la disposición al conflicto como a la cooperación.

*Finalidad*

— Esclarecer las posibilidades del intercambio para maximizar los propios intereses.

*Tipo de racionalidad*

— Estratégica (orientada al éxito).
— Comunicativa (orientada al entendimiento).

*Posibles resultados*

— Que se logre un acuerdo; y ello es compatible con:
  – Ganar-ganar («Los dos hemos cedido, podemos darnos por satisfechos»).
  – Ganar-perder («La otra parte no ha cedido nada»).
— Que no se logre un acuerdo; y ello es compatible con:
  – Ganar-perder («He aguantado toda la presión que me han hecho y no he firmado).
  – Perder-perder («El proceso de negociación fue un desastre, no hubo acuerdo y las dos partes salimos perdiendo»).

*Reglas*

— Las reglas de «debatir es intercambiar» son prestadas de las otras formas de debate. El debate propio del trato, la negociación, puede tener momentos de «disputa», de «controversia», de «diálogo racional» y de «consenso».

# Capítulo III

# SOBRE LA NEGOCIACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo primero he procurado mostrar que argumentación y negociación son conmensurables en la medida en que la argumentación sea considerada desde su dimensión pragmática. Si se la considera desde las dimensiones formal y material, entonces la argumentación no resulta especialmente relevante para entender mejor la negociación. Desde estas dimensiones, la argumentación podrá ayudar a analizar y comprender mejor algunos argumentos presentes en una concreta negociación, pero no contribuirá a entender mejor «la negociación». La proximidad entre «argumentación» y «negociación» se capta ciertamente cuando se las mira a ambas desde el prisma de la relación social y se observa que tanto una actividad como la otra son actividades orientadas a *(con)vencer* a otro(s). Las nociones clave son las de «relación social» y «acuerdo». Una vez establecido el marco adecuado, en el capítulo segundo, he tratado de distinguir cuatro modos de debatir (cuatro tipos ideales de debate) a partir de tomar como relevante la variable conflicto/cooperación entre los interlocutores. De este modo, nos han salido dos formas conflictivas de debate (una actoral, la disputa, y otra temática, la controversia) y dos formas cooperativas (una temática, el diálogo racional, y otra actoral, el consenso). Finalmente, en ese mismo capítulo segundo, he tratado de mostrar que la negociación, a pesar de ser esencialmente un debate, no es aprehensible como tal a partir de la variable conflicto/cooperación. Y ello es así porque —como se ha dicho— la negociación puede tener momentos de disputa, de controversia, de diálogo racional y de consenso. Es decir, desde ese esquema, la negociación quedaba diluida en los otros tipos ideales de debate. Así pues, para caracterizar la negociación como un

debate habrá que recurrir a un marco conceptual diferente. Tratemos de mostrarlo.

Cuando he barajado la hipótesis de analizar la negociación como un tipo ideal de debate a partir de la variable conflicto/cooperación, he recurrido a la metáfora «debatir es intercambiar». Si bien se considera, esta expresión resulta un tanto misteriosa. Ya lo insinué al presentarla, cuando dije que dicha expresión alude «a que los interlocutores intercambian locuciones (dialogan, debaten) con la finalidad de intercambiar algo distinto de las locuciones mismas». En realidad, hubiera sido más correcto romper la simetría con las otras formas de debate y presentar la negociación recurriendo a la fórmula «debatir *para* intercambiar» (es decir, la negociación sería un debate orientado a alcanzar un *acuerdo*), en vez de recurrir —como se hizo— a «debatir *es* intercambiar». Dicho así, se entiende mucho mejor la tesis de que la negociación («debatir para intercambiar») puede adoptar cualquiera de las otras formas de debate; es decir, en la negociación, en el debate para alcanzar un acuerdo negocial, se puede combatir, competir, explorar y/o construir. En una negociación puede haber fragmentos de debate que sean disputas, controversias, diálogos racionales e incluso consensos; pero —repito— la negociación no es un tipo ideal de debate aislable a partir de la variable conflicto/cooperación.

Los dos capítulos anteriores han cumplido la función de aproximar mucho las nociones de argumentación y negociación. Responden, en realidad, a la pretensión de familiarizar al lector con esa cercanía, con leer la negociación en clave argumentativa. Las nociones de «relación social» y «acuerdo» —ya lo he dicho— resultan esenciales en este sentido. Ocurre, sin embargo, que la palabra «acuerdo» —que está permanentemente presente en los discursos sobre argumentación y negociación— muestra una ambigüedad característica que puede pasar inadvertida y llegar a enredar bastante. Veámoslo.

## 2. SOBRE ACUERDOS Y DECISIONES

Empecemos, pues, desenredando madejas. La palabra «acuerdo» en el contexto de la argumentación y de la negociación resulta ambigua porque alude tanto al producto de *acordar* como al hecho de *estar de acuerdo*. En efecto, en un primer sentido, el término «acuerdo» está vinculado con la idea de *decisión colectiva*, de decisión de un conjunto de personas que forman bien un ente colectivo (por ejemplo, los órganos colegiados, las asambleas, los consejos, los comités, etc.), bien partes de una negociación. Los primeros, *toman o adoptan* acuerdos (generalmente mediante vota-

ción); los segundos, *llegan o alcanzan* acuerdos (prestando consentimiento). Los acuerdos que toman o adoptan los órganos o entes colectivos pueden recibir también otros nombres (aunque no todos ellos son sinónimos perfectos), tales como «resoluciones», «disposiciones», «actos», etc.; los acuerdos a los que llegan o alcanzan las partes negociadoras se denominan «contratos», «pactos», «convenios», «conciertos», «arreglos», etc. Estos acuerdos, tanto los que se adoptan como los que se alcanzan, son *acciones institucionales* (resultados institucionales) que presuponen un cierto marco normativo[1]. Pero además de acciones institucionales, los acuerdos —tanto los que se adoptan como los que se alcanzan, tanto los que son el resultado de votar como los que son el resultado de prestar consentimiento— son también *acciones colectivas*[2]. Los acuerdos son, pues, acciones institucionales y acciones colectivas cuyo sentido es tomar una decisión. En efecto, el sentido de acordar es *decidir*, esto es, conformar un juicio definitivo que cierra un proceso deliberativo[3]. Si se es

1. En este contexto, hablar de «resultados» es lo mismo que hablar de «acciones» porque las acciones se definen por sus resultados. Una acción decimos que es *natural* cuando el cambio que genera (el resultado que produce) tiene lugar en el mundo físico y la posibilidad de su ocurrencia es independiente de la existencia previa de normas de ningún tipo (por ejemplo, rascarse la nariz, hacer una tarta, tener relaciones sexuales o matar a otro). Por el contrario, las acciones *institucionales*, aunque tienen un «soporte» físico, son cambios en un mundo institucional creado por normas constitutivas pertenecientes a un determinado sistema normativo (por ejemplo, legislar, contraer matrimonio, comprar o contratar). «*Acordar*», en el sentido en que ahora estamos utilizando esta palabra, alude a una *acción institucional* que presupone un marco institucional normativo. Dicha acción institucional puede estar más o menos formalizada, pero nunca puede ser completamente amorfa.

2. Un *acuerdo*, en este sentido, es una *acción colectiva* porque presupone el concurso simultáneo de acciones individuales de diferentes sujetos, todas ellas orientadas a producir el resultado colectivo. Es decir, un acuerdo presupone varios sujetos cuyas acciones individuales concurren en la generación de ese resultado institucional colectivo. «Acordar consigo mismo» carece por completo de sentido; o solo lo adquiere en términos metafóricos. Los dos grandes procedimientos para producir los acuerdos como resultados colectivos son votar (los acuerdos que se toman generalmente son el resultado de una votación, de una agregación de acciones individuales) o pactar (los acuerdos que se alcanzan generalmente son el resultado de prestar e intercambiar consentimiento [acción individual] en generar el resultado colectivo).

3. *Decidir*, en términos individuales, es formar de manera definitiva la intención de realizar una acción; y las decisiones son el resultado de una deliberación (de balancear las razones a favor y en contra de realizar una determinada acción). Por ello, «decidir» implica siempre cerrar un proceso deliberativo. Seguir deliberando acerca de las razones a favor y en contra de realizar una determinada acción es señal de que todavía no se ha decidido, de que todavía no se ha tomado la decisión de realizar la acción. En el ámbito de las acciones naturales (aquellas acciones en las que el cambio —el resultado— se produce en el mundo físico), las decisiones preceden a las acciones. Sin embargo, en el mundo institucional, en el ámbito de las acciones institucionales, ello no es así: en nuestro caso, por ejemplo, «deci-

consciente de la conexión esencial que hay entre decidir y deliberar (pues decidir es cerrar un proceso deliberativo), es fácil percatarse de que también hay una conexión esencial entre *acordar* (tomar una decisión colectiva) y *debatir* (deliberar en forma colectiva). En efecto, la idea de acuerdo, tal y como aquí la estamos considerando ahora, presupone la idea de debate: se debate (se delibera colectivamente) para decidir, para tomar un acuerdo o para llegar a un acuerdo. De ahora en adelante, para referirme a este preciso sentido de la palabra «acuerdo» —y con el ánimo de evitar malentendidos— recurriré a la expresión «*acuerdo-decisión*»[4].

Pero la palabra «acuerdo» se usa también en otro sentido diferente; un sentido que tiene que ver con «*estar de acuerdo*», con compartir una opinión, un parecer o una creencia, con participar de un conocimiento o reflexión. Dos personas pueden estar de acuerdo sin tomar ni llegar a ningún acuerdo, esto es, sin haber decidido nada colectivamente. Aquí, la idea de «acuerdo» no remite necesariamente a ningún marco institucional de decisión. Se puede estar de acuerdo o no en un plano meramente intelectivo o discursivo. Y, además, el acuerdo o desacuerdo entre los sujetos puede darse antes y/o después de debatir una cuestión problemática. Aquí la palabra «acuerdo» aparece asociada más bien a las nociones de reflexión, persuasión, convicción, concurrencia de creencias, etc. Por ello, para referirme a este preciso sentido de la palabra «acuerdo», y no confundirlo con el anterior, recurriré a la expresión «*acuerdo-adhesión*».

Nótese que mientras que un acuerdo-decisión es siempre y necesariamente una acción institucional (un resultado institucional), un acuerdo-adhesión puede ser perfectamente un hecho natural[5]. El acuerdo-decisión

dir», formar definitivamente la intención, es lo mismo que «acordar»; hasta que no se ha acordado, no se ha decidido en términos institucionales. En consecuencia, tomar o adoptar un acuerdo es tomar o adoptar una decisión, y alcanzar un acuerdo es alcanzar una decisión.

4. Llegados a este punto puede mostrarse con claridad, me parece, la distancia que media entre el planteamiento aquí asumido a propósito de las relaciones entre negociación y argumentación y el de J. Elster que he tratado de criticar en el capítulo I. En efecto, si bien Elster acepta que tanto negociar como argumentar, a diferencia de votar, son procesos discursivos (se realizan mediante actos de habla), sitúa los tres procedimientos (negociar, votar y argumentar) en un mismo plano; y ello, en mi opinión, le impide distinguir adecuadamente entre decisiones y argumentaciones. Pactar y votar son dos formas diferentes de tomar decisiones colectivas que, naturalmente, van precedidas de los respectivos y apropiados debates. En otras palabras, el esquema conceptual adecuado es el que pone de manifiesto que se debate (se argumenta) para tomar decisiones colectivas, para votar y/o para pactar. (Véase el capítulo I de este libro).

5. Una alternativa terminológica que he barajado para aludir a estos dos sentidos de la palabra «acuerdo» es la de «acuerdo-acto» para referirme a los «acuerdos-decisión» (acordar) y la de «acuerdo-hecho», para los «acuerdos-adhesión» (estar de acuerdo). Esta ter-

es una cuestión de voluntad, el acuerdo-adhesión, una cuestión intelectual, de entendimiento. A continuación, voy a tratar de hacer dos cosas: la primera es precisar algo el concepto de negociación y para ello va a resultar muy relevante la distinción recién trazada entre acuerdo-decisión y acuerdo-adhesión. La segunda es mostrar la relación que cabe establecer entre la negociación y los diferentes tipos ideales de debate que hemos aislado en el capítulo segundo a partir de la variable conflicto/cooperación.

## 3. EL CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN

La *negociación* es una actividad en la que intervienen varios sujetos y que está orientada a alcanzar un acuerdo-decisión cuyo contenido es un intercambio. La idea de *actividad* frente a la de acción (lo mismo ocurre con la de proceso frente a la de suceso) incorpora la cuestión de la continuidad en el tiempo. Las negociaciones, por lo general, se desarrollan a lo largo de un periodo de tiempo, y los sujetos participantes en ellas administran los tiempos de la negociación. Ahora bien, si se desarrollan a lo largo del tiempo, surge inmediatamente una cuestión muy importante: ¿cómo individualizamos las negociaciones? Es decir, ¿cómo las identificamos? ¿Cómo sabemos que dos personas están en una negociación? ¿Cuándo empiezan y cuándo acaban las negociaciones?, etcétera. En definitiva, si la negociación es una actividad que se desarrolla a lo largo del tiempo, tendrá que tener un comienzo, un desarrollo y un final («planteamiento, nudo y desenlace»). Este tipo de preguntas son las que se abordan bajo el rótulo de la individualización y/o conceptualización de las negociaciones. Comencemos por lo más fácil, lo más sencillo. Cuando dos personas están sentadas una frente a la otra y empiezan a intercambiar ofertas, proponerse cláusulas contractuales, a decir que algo que el otro ha propuesto es inaceptable, etc., no hay ninguna duda, todo está claro: esas dos personas están negociando. En efecto, el nudo de la negociación se identifica fácilmente, se ve con claridad. La clave de la identificación radica en observar que el sentido de los diferentes movimientos de los participantes (de los actores) es el de alcanzar un «acuerdo-decisión» cuyo contenido es un intercambio. Las negociaciones en su fase central resultan, en este sentido, patentes.

minología tenía la virtud de poner en primer plano la idea de que mientras que los acuerdos-decisión se «hacen» (son acciones, es decir, son productos necesariamente intencionales), los acuerdos-adhesión pueden simplemente «suceder» («ocurrir», es decir, no son productos necesariamente intencionales).

El final de las negociaciones (el desenlace) resulta también patente, manifiesto. Las negociaciones acaban básicamente de dos formas. La primera forma es la frustración de la negociación, es decir, cuando alguno(s) de los participantes abandona(n) el objetivo de alcanzar un acuerdo-decisión. Quede claro, no es lo mismo mostrar poco o nulo entusiasmo por lograr el acuerdo (lo que puede ser un movimiento estratégico) que abandonar por completo el objetivo de alcanzar un acuerdo-decisión. Un sujeto que renuncia absolutamente a alcanzar un acuerdo-decisión ha dejado de negociar, ha puesto fin a la negociación. Nótese que, en una negociación bien llevada, la razón por la que se deja de negociar es casi siempre la misma: el sujeto llega a la convicción de que el *acuerdo posible* le resulta *inconveniente* y/o de que el *acuerdo conveniente* le resulta *imposible*. La segunda forma de finalizar una negociación es alcanzando un acuerdo-decisión. Cuando las partes consienten en un acuerdo-decisión que versa sobre un intercambio, entonces la negociación se ha acabado; se ha producido el supuesto «final feliz» de la negociación.

A propósito de este «final feliz» de las negociaciones —por haber alcanzado un acuerdo-decisión— conviene dejar claras tres cuestiones diferentes. La primera es —ya lo dijimos antes— que la negociación es el proceso orientado a alcanzar un acuerdo-decisión; pero el acuerdo-decisión ya no es negociación. En este sentido, puede decirse que el acuerdo-decisión es un producto de la negociación, pero no es ya negociación, está fuera de la misma. Pues bien, la negociación, el proceso, es esencialmente un debate entre las partes negociadoras. Este debate tiene, por un lado, componentes cognitivos porque cada parte trata de averiguar cuál o cuáles son los acuerdos posibles. Un debate negocial que no aclara este punto es, sin duda, un debate mal llevado. El paradigma del fracaso en el debate negocial es el caso en que habiendo acuerdos posibles (es decir, acuerdos a los que las dos partes hubieran prestado su consentimiento), la dinámica del debate no permite que esa información aflore, no permite que los actores evalúen su conveniencia o no. Para percibir la importancia de este componente cognitivo del debate negocial, conviene no olvidar todo lo que se dijo en el capítulo anterior a propósito de la peculiar incertidumbre en la que se hallan los negociadores en la situación inicial. Por otro lado, el debate negocial tiene también un claro componente persuasivo, pues cada parte trata de (con)vencer a la otra parte de que el único acuerdo-decisión posible es el que se le propone. Debatiendo se trata también de persuadir a la contraparte de que el acuerdo-decisión que se le propone es el mejor de los posibles. En consecuencia, un debate negocial bien llevado tiene componentes cognitivos (conocimiento de las preferencias/pretensiones de la contraparte) y com-

ponentes persuasivos (modificación de las preferencias/pretensiones de la contraparte).

La segunda cuestión sobre la que quiero llamar la atención a propósito del supuesto «final feliz» de las negociaciones tiene que ver con lo siguiente. Generalmente pensamos que la calidad de una decisión depende en gran medida de la calidad de la deliberación que la precede. Recuérdese que hemos dicho que decidir implica cerrar un proceso deliberativo. Si se decide barajando información falsa, insuficiente o irrelevante, la acción decidida tiene una alta probabilidad de fracasar. Por el contrario, si se decide tras sopesar información suficiente y relevante, las probabilidades de que la acción decidida resulte exitosa, sea acertada, son muy altas. Pues bien, esto que nos resulta una obviedad prácticamente incuestionable en relación con las acciones y las decisiones individuales es proyectable también sobre las decisiones colectivas: la «calidad» de una decisión colectiva está estrechamente vinculada a la calidad del debate (de la deliberación colectiva) que lo precede. Conforme a lo establecido hasta ahora podría decirse que la calidad de un acuerdo-decisión está muy vinculada a la calidad del debate que lo precede. La idea es bien sencilla y se traduce, por ejemplo, en afirmaciones como esta: un acuerdo-decisión que es el resultado de una pura imposición y/o presión psicológica es peor que el que es el resultado de un acuerdo-adhesión generado por un diálogo racional. Sobre este punto volveremos más adelante.

La tercera cuestión a propósito del «final feliz» es esta: los acuerdos-decisión presuponen siempre un marco institucional que puede estar más o menos formalizado; pero, y esto es lo importante, todas las acciones institucionales tienen una forma convencionalmente predeterminada. Una acción institucional sin forma, por rudimentaria que esta sea, es algo así como un imposible lógico. Las formas de los acuerdos-decisión cuyo contenido es un intercambio pueden ir desde un simple apretón de manos hasta la firma solemne de un tratado internacional con bandas de música y desfiles militares. Pero el «final feliz», el acuerdo-decisión, siempre tiene forma.

Recapitulando. La identificación de las negociaciones no es conceptualmente problemática por lo que se refiere al desarrollo y al final de las mismas (al nudo y al desenlace). Respecto del desarrollo la cuestión está clara: dos personas están negociando cuando sus acciones interdependientes son interpretables como orientadas a alcanzar un acuerdo-decisión cuyo contenido es un intercambio. Respecto del final de las negociaciones tampoco hay excesivo problema. Coherentemente con lo anterior, un negociador deja de negociar cuando abandona definitivamente el objetivo de alcanzar un acuerdo-decisión; y eso significa que

pone fin a la negociación. Las negociaciones acaban también cuando se alcanza un acuerdo-decisión; y los acuerdos-decisión tienen siempre una forma convencionalmente preestablecida. No hay que olvidar que los acuerdos-decisión son acciones institucionales.

Totalmente diferente es la cuestión del comienzo de las negociaciones. ¿Cuándo empieza una negociación? ¿Tiene forma el comienzo de una negociación? Si el desarrollo y el final de las negociaciones no eran conceptualmente problemáticos, el comienzo de las mismas sí lo es. Dediquémosle, pues, algún espacio al comienzo de las negociaciones.

## 4. NEGOCIACIÓN, CONFLICTO Y COOPERACIÓN

Conforme a lo dicho, la negociación está intrínsecamente conectada con el propósito de alcanzar un acuerdo-decisión. Y la idea de acuerdo-decisión presupone necesariamente un marco institucional; es decir, un conjunto de reglas que establecen la función de los distintos tipos de acuerdos-decisión, la forma de producirlos, las consecuencias de haberlos producido, etc. De estas dos premisas se sigue que la negociación presupone siempre un marco institucional. Pues bien, los marcos institucionales sirven, en general, para canalizar tanto el conflicto como la cooperación en las relaciones sociales, y ello vale también para la negociación. En este sentido, es criticable el exceso de énfasis a propósito de la relación entre negociación y conflicto porque acaba generando una visión distorsionada de la negociación, acaba eclipsando aspectos muy importantes de la misma. Una cosa es sostener que la negociación recorre necesariamente la banda conflicto-cooperación y otra muy distinta que la negociación está necesariamente vinculada a un conflicto preexistente[6]. Ya dije algo al respecto en el capítulo II. Allí llamé la atención a propósito del contraste entre la ambigüedad de la negociación en términos de conflicto/cooperación (la negociación podía darse tanto en contextos conflictivos como cooperativos) y la claridad en esos mismos términos de los diferen-

6. «En mi opinión —escribe Raúl Calvo— cuando se pretende establecer un análisis comparativo entre estos dos métodos [negociación y diálogo] es importante tener en cuenta la diferencia de alcance o amplitud de cada uno de ellos. Creo que sea cual sea la definición que se proponga del proceso negocial esta *está ineludiblemente vinculada a la preexistencia de un conflicto*, o dicho de otra manera, me resulta difícil de comprender la noción de negociación al margen de su consideración en términos de un método de resolución de conflictos [la cursiva es mía]» (R. Calvo Soler, «Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 [2008], pp. 74-75).

tes tipos ideales de debate (la disputa y la controversia como formas conflictivas de debate, y el diálogo racional y el consenso como formas cooperativas). Pues bien, lo que ubica una negociación en el dominio del conflicto o en el de la cooperación es la percepción que tienen los diferentes negociadores a propósito de sus respectivos fines u objetivos: si los perciben como complementarios, entonces la negociación se sitúa esencialmente en el ámbito de la cooperación; y si los perciben como incompatibles, se sitúa en el ámbito del conflicto[7]. Detengámonos algo a tratar de explicarlo.

Ya ha quedado asentado que la negociación es un debate orientado a alcanzar un acuerdo-decisión. Y que, en este debate, cada parte trata de conseguir que la otra parte se adhiera al acuerdo-decisión que se le ha propuesto. Por ello, la negociación no es un modo diferenciado de debatir, no es un tipo ideal de debate diferenciado. «*Negociación*» es el nombre que se da al *debate* que tiene lugar en los *marcos institucionales* creados para *alcanzar* acuerdos-decisión cuyo contenido es un intercambio[8]. La si-

7. Los teóricos de la negociación suelen hablar de dos tipos básicos de negociación. La negociación distributiva (o competitiva) y la negociación integrativa (o colaborativa). En la primera, suele decirse, los resultados de las partes están relacionados inversamente, de manera que lo que gana una parte lo pierde la otra; se trata de un juego de ganar-perder. En la segunda, por el contrario, se persigue que todos puedan salir satisfechos, la negociación se ve como un juego de ganar-ganar. Pues bien, que una negociación en concreto sea de un tipo u otro depende esencialmente de la percepción que tengan los actores respecto de la compatibilidad o incompatibilidad de sus respectivos fines u objetivos. Otra cosa es que esa percepción sea acertada o equivocada. Por ello, es fundamental reparar en la importancia de la calidad del debate negocial.

8. En este punto hay que hacer una advertencia. Conviene tener en cuenta la distancia que va entre diseño institucional y práctica real de las instituciones, porque muchas veces las prácticas desbordan los puros marcos institucionales. Un ejemplo ayudará a ver lo que trato de decir. Conforme a la estructura institucional diseñada para que un tribunal colegiado delibere (debata) y decida un caso difícil lo que debe ocurrir es algo semejante a esto. Los magistrados entablan un diálogo racional («debatir es diagnosticar») con el fin de resolver la cuestión difícil; es decir, todos se embarcan en una tarea cooperativa de tratar de hallar la mejor respuesta posible. Si no hay acuerdo-adhesión entre ellos, es decir, si no todos adhieren a la misma solución, el diseño institucional ordena transitar de «debatir es diagnosticar» (diálogo racional) a «debatir es competir» (controversia) y a decidir el caso por votación. Ello queda institucionalmente reflejado en la publicación de una «sentencia mayoritaria» y de unos «votos particulares»; es decir, los diversos participantes fijan claramente sus respectivas posiciones encontradas para que la ciudadanía y/u otros órganos jurisdiccionales superiores «juzguen» la cuestión que en origen era difícil y que ahora, tras el debate y la votación, ha pasado a ser controvertida. Hasta aquí el diseño institucional y la idealidad relativa a cómo deben deliberar y decidir los tribunales colegiados. En este contexto se plantea la siguiente cuestión: ¿alguien cree, de verdad, que en las decisiones reales de los tribunales no hay componentes de intercambio, es decir, no hay componentes de negocia-

tuación es idéntica a la que ocurre, por ejemplo, con la expresión «debate legislativo». No designa un modo diferenciado de debatir en el sentido de un tipo ideal de debate construido a partir de la variable conflicto/cooperación, sino que designa el debate que tiene lugar en el marco institucional creado para legislar, para *tomar* esos acuerdos-decisión que llamamos leyes. Pero el debate legislativo no es, en este sentido, necesariamente (conceptualmente) conflictivo, ni tampoco necesariamente cooperativo. Otra cosa es afirmar que el tipo de *problema* que trata de resolverse mediante el debate legislativo necesariamente está insertado dentro de la variable conflicto/cooperación. Exactamente igual ocurre con la negociación. El marco institucional de la negociación es compatible tanto con el conflicto como con la cooperación y, en este sentido, caben tanto las formas conflictivas de debate (las disputas y las controversias) como las formas cooperativas (el diálogo racional y el consenso). Ahora bien, que quepan todos los modos de debatir no supone afirmar que todos ellos sean igualmente idóneos para generar buenos resultados. Una vez que se está dentro de un marco institucional como los descritos, hay dos formas «típicas» y «apropiadas» de «debatir»: la controversia y el diálogo racional[9]. Más adelante volveré sobre ello. Ahora retomemos la imagen del caso claro de dos personas que están negociando; es decir, dos personas situadas en torno a una mesa y que han asumido que el sentido de esa situación es debatir las posibilidades de alcanzar un acuerdo-decisión. En estas circunstancias, los dos agentes se mueven fundamentalmente entre la controversia (forma conflictiva de debate) y el diálogo racional (forma cooperativa de debate). Un porcentaje altísimo de negociaciones en su fase de desarrollo (nudo), cuando no hay duda de que ambas partes están negociando, adquieren estas dos formas de debate, y los actores típicamente transitan de una a otra. Esta afirmación pretende ser válida tanto en términos descriptivos como en términos normativos.

ción? Naturalmente que los hay; y en muchas ocasiones, el resultado es más un acuerdo alcanzado que un acuerdo tomado. Esa es la realidad, otra cosa es que por razones institucionales la presentación del acuerdo negociado adopte siempre la forma (la apariencia) de un acuerdo tomado (votado).

9. En mi opinión —aunque esto es una pura digresión—, una de las causas del descrédito del debate legislativo es el abuso que los actores políticos hacen en sede parlamentaria de las formas actorales de debate frente a las formas temáticas. Hay, por un lado, un exceso de disputa frente al rival y de consenso en relación con el aliado y, por otro, un déficit de controversia y de diálogo racional tanto con el rival como con el aliado. El descrédito proviene no del hecho de que el debate político sea conflictivo —cosa totalmente natural—, sino del abandono o el olvido de la noción de problema, de tema problemático: de cuestión difícil y de cuestión controvertida.

Pero no nos olvidemos de cuál era nuestro problema: ¿cuándo y cómo empieza una negociación? Si la controversia y el diálogo racional son las formas de debate «apropiadas» para la fase central de desarrollo de una negociación, la disputa y el consenso, los otros dos tipos ideales de debate, operan en muchas ocasiones como formas de entrada y de salida en una negociación. No son formas apropiadas de debatir un acuerdo-decisión, pero sí son formas «típicas» de entrar y salir de una negociación. Si observamos la negociación como un proceso negocial, entonces es fácil darse cuenta de que hay una situación central, clara, en la que las dos partes están negociando. Esta fase, por lo general, no genera dudas: las partes están negociando. Pero hasta llegar a ese punto es muy común que haya situaciones y movimientos previos, que forman parte de un proceso negocial en un sentido amplio y que, sin embargo, no podrían ser descritos exactamente como movimientos dentro de una negociación. Pongamos algunos ejemplos para tratar de explicar lo que se quiere decir.

Tras recibir una propuesta de negociación para resolver un conflicto relacionado con una disolución conyugal, una mujer dice: «Jamás negociaré con mi *ex*. Es un embaucador sin escrúpulos». Si se lo dijera directamente a la cara del *ex*, la emisión equivalente podría ser esta: «Jamás llegaré a un acuerdo contigo. Eres un embaucador sin escrúpulos». Parece claro que esta emisión encaja como propia del tipo de debate que hemos llamado «disputa», el que corresponde al nivel máximo de conflicto entre los interlocutores. Quien así se expresa no está situado en la zona clara de la negociación. No se corresponde con el sentido de lo que llamamos negociación. Pero ¿estamos seguros de que esta intervención carece por completo de sentido negocial? Una cosa está clara: la emisión es expresión de la percepción de que se está ante un conflicto netamente actoral, sitúa el conflicto en un plano actoral. «Si mi *ex* fuera otra persona, tal vez podría intentarse un acuerdo; pero tal como es él (un embaucador sin escrúpulos) no tiene sentido negociar», parece decir. Leída así, la emisión aparenta cumplir la función de excluir la negociación, pues nadie puede dejar de ser quien es. La situación es idéntica a la de un ministro de Interior que dice: «Nunca se debe negociar con terroristas». El ministro sitúa la cuestión en un conflicto netamente actoral y parece excluir cualquier posibilidad de negociación. En ambos casos estamos ante un uso claro del lenguaje conflictual que resulta excéntrico en relación con la zona de claridad del lenguaje negocial. Pero de ahí no se sigue que no pueda hacerse una lectura negocial de ambas intervenciones. El primer ejemplo podría leerse así: «Si quieres que deje de considerarte un embaucador sin escrúpulos con el que es imposible negociar, empieza haciendo una concesión; reconoce, por ejemplo, que tengo derecho a estar en la casa en la que

vivo». El segundo ejemplo podría leerse de esta manera: «Si el grupo X quiere que deje de considerarlo un grupo terrorista con el que es imposible negociar, que empiece haciendo una concesión relevante; por ejemplo, que abandone la vía armada». Ambas intervenciones no son debate negocial en el sentido propio de la expresión, pero tienen una extraordinaria relevancia en la entrada de las negociaciones. La disputa, el lenguaje de la disputa, no es propiamente debate negocial, no es negociación. No lo es de hecho, pues no resulta muy común, ni tampoco es demasiado funcional, no genera buenos resultados; pero sí juega un papel muy importante en la entrada de muchas negociaciones (los ejemplos presentados son una ilustración de ello) y también en la salida de bastantes negociaciones frustradas. En efecto, cuando se frustra una negociación, porque el sujeto llega a la convicción de que el acuerdo posible es inconveniente y/o de que el acuerdo conveniente es imposible, ocurre con gran frecuencia que se realiza un viaje de vuelta: se transita del lenguaje propio del conflicto objetual al lenguaje propio del conflicto actoral. «Ya sabía yo que era imposible ponerse de acuerdo con mi *ex*, nunca dejara de ser un embaucador sin escrúpulos» o «La tregua no fue más que una trampa, una tregua-trampa; el grupo X nunca abandonará su vocación terrorista».

El consenso está en el extremo opuesto a la disputa. Siempre que aquí hablamos de consenso hay que tomar la precaución de recordar que no nos estamos refiriendo al resultado de un debate, sino a una determinada forma de debatir. Así lo hemos definido y así debemos utilizarlo. Si se lo toma como un resultado, el consenso tiende a confundirse con la noción de alcanzar un «acuerdo-decisión» cuando en realidad solo está conectado con la noción de «acuerdo-adhesión», con la idea de concurrencia en la solución, con estar de acuerdo. Por ello, cuando hacía la glosa del consenso como forma de debate, insistía tanto en que no se viera como un reconocimiento recíproco de un derecho de veto. El derecho de veto es propio de las decisiones negociadas, sin la voluntad de todos y cada uno de los negociadores no hay acuerdo-decisión. El consenso no es una cuestión de voluntad, el acuerdo-decisión, sí. Recordado esto, lo que hay que tener claro es que el debate que hemos llamado consenso no es propiamente un debate negocial, pues no es frecuente ni tampoco demasiado productivo. Pero de ahí no se sigue que no juegue ningún papel negocial relevante. Al igual que ocurría con la disputa, el consenso puede jugar un rol fundamental tanto en la entrada como en la salida de muchas negociones. Tratemos de mostrarlo con algunos ejemplos.

Imaginemos que el sujeto *A*, un profesional de prestigio, se dirige a *B*, otro profesional de prestigio, para proponerle la fusión de sus respectivos bufetes profesionales. *A* está convencido de que si llevan adelante

la fusión propuesta, tanto él como *B* tienen «un mundo por ganar». Los primeros contactos pueden tener todas las características de un debate actoral: *A* hace la propuesta a *B* precisamente porque se trata de *B*; si no se tratara de *B*, *A* no le haría la propuesta. El debate en el que *A* y *B* van expresando una profunda unidad de fines respecto de lo que pueden llegar a construir juntos encaja dentro del tipo de debate que hemos definido como consenso. Hasta ahí *A* y *B* no están negociando, pero nadie puede negar la importancia negocial que tiene este debate previo a la entrada en la negociación. La percepción por parte de los actores no solo de que sus intereses son complementarios, sino de que además hay una profunda unidad de fines en la construcción de algo nuevo explicará no solo el hecho de que acaben negociando, sino también la forma en que se desarrollará dicha negociación. Es decir, el debate propio del consenso y de la unidad de fines, que no es negociación en sentido preciso, juega en múltiples ocasiones un rol muy importante por cuanto constituye la puerta de entrada a la negociación. En nuestro ejemplo, *A* y *B* negociarán cómo se distribuyen los costes (y los futuros beneficios) de construir ese «algo nuevo» en el que ambos están interesados. ¿Qué muestra esto? Pues que para entender bien muchas negociaciones, no hay que poner tanto énfasis en la idea de conflicto porque si no, se nos quedarán fuera de nuestro marco de comprensión; porque ocurre que en no pocas ocasiones las negociaciones solo son explicables a partir de la conciencia compartida por los interlocutores de que están unidos por una profunda unidad de fines que ha quedado expresada previamente en un debate muy próximo a lo que hemos llamado consenso. Quien crea que lo que digo es una pura mistificación que piense, por ejemplo, en las capitulaciones matrimoniales: se trata de un contrato, que es producto de una negociación, en el que se distribuyen los costos y los beneficios que generará esa peculiar «unión de fines» que se conoce con el nombre de «matrimonio». Estudiar las capitulaciones matrimoniales solo desde la perspectiva del conflicto supone, en mi opinión, desenfocar por completo la cuestión.

Recapitulando todo lo dicho, podemos extraer algunos corolarios:

*a*) La negociación no es un modo diferenciado de debatir en el sentido de un «tipo ideal de debate» construido a partir de la variable conflicto/cooperación. La negociación es, más bien, el debate que tiene lugar en un determinado marco institucional: el marco «creado» para alcanzar acuerdos-decisión cuyo contenido es un intercambio.

*b*) El marco institucional en el que se desarrolla la negociación permite tanto canalizar el conflicto como la cooperación en las relaciones sociales. Hay, por tanto, una conexión necesaria entre negociación y la variable conflicto/cooperación.

*c*) La negociación es un debate orientado a alcanzar un acuerdo-decisión cuyo contenido es un intercambio. En este sentido, las formas «apropiadas» de debatir son las que hemos caracterizado como temáticas, objetuales. Por el contrario, las formas actorales de debatir resultan «inapropiadas».

*d*) Las formas de debate apropiadas y productivas en una negociación son, por tanto, la *controversia* y el *diálogo racional*. Estas formas de debate permiten ir precisando progresivamente las posibilidades de llegar a un acuerdo-decisión y su posible contenido. La inmensa mayoría de las negociaciones reales y fructíferas se caracterizan por una transición constante entre una y otra de estas formas de debate. El debate negocial apropiado consiste en ir precisando los desacuerdos (controversia) y en tratar de encontrar criterios adecuados (correctos, intersubjetivamente válidos) para superarlos (diálogo racional).

*e*) Las formas actorales de debate, la *disputa* y el *consenso*, no son propias de (apropiadas para) una negociación. Si el contenido es un intercambio, el debate actoral no puede estar en el centro de una «buena» negociación. De ahí, sin embargo, no se sigue que no jueguen un papel negocial muy relevante. En muchas ocasiones, la disputa y el consenso son formas de debate previas a la negociación, son las puertas de entrada a una negociación. También son formas de debate aptas para poner fin a una negociación.

## 5. DOS FORMAS DE NEGOCIAR

*Getting to Yes* es probablemente el libro de negociación más importante de las últimas décadas; y, con toda seguridad, el de más éxito. La tesis central del libro[10] puede resumirse de la siguiente manera: hay una forma tradicional de negociar, la llamada «negociación posicional». La negociación posicional parte del presupuesto de que la negociación enfrenta a dos sujetos que adoptan posiciones incompatibles entre sí, que tienen que hacerse concesiones mutuas (para aproximar las posturas) si quieren llegar a intercambiar. Si la negociación se concibe así, como un conflicto de posiciones, entonces a todo negociador, a todo sujeto que se embarca en una negociación, se le presenta el dilema de qué rol debe asumir como negociador: ¿debe él hacer aproximaciones al otro o debe exigir que el otro le haga concesiones? La alternativa de cómo debe comportarse está

10. R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000.com, Barcelona, 2002.

acuñada ya en términos de si debe asumir el rol de un *negociador duro* o el de un *negociador blando*. El dilema es bien real. Cuántas veces ocurre que quien tiene que acudir a una mesa de negociación se pregunta a sí mismo cómo debe hacer la entrada en la reunión: sonriendo y dando los buenos días o con el rostro serio y blandiendo una mueca más próxima a un «gruñido» que a un saludo; mostrando interés por cómo se encuentra el interlocutor o exhibiendo total desinterés hacia su persona; exigiendo concesiones previas o invocando un benevolente «a ver si [con buena voluntad, por supuesto] conseguimos ponernos de acuerdo», etc. Quien se formula estas preguntas, quien baraja estas alternativas probablemente esté asumiendo una concepción posicional de la negociación. El siguiente cuadro es un resumen de la caracterización que Fisher, Ury y Patton hacen de las alternativas a las que se enfrenta quien asume una visión posicional de la negociación; es decir, quien asume que tiene que elegir entre la alternativa negociador blando/negociador duro. En mi opinión, el cuadro que nos proponen presenta tal grado de pregnancia que no requiere de mayor explicación.

| NEGOCIADOR BLANDO | NEGOCIADOR DURO |
|---|---|
| Los participantes son amigos | Los participantes son adversarios, rivales. |
| El objetivo es el acuerdo | El objetivo es la victoria |
| Haga concesiones para cultivar la relación. | Exija concesiones como condición para la negociación. |
| Sea blando con los demás y con el problema. | Sea duro con los demás y con el problema. |
| Confíe en los demás. | Desconfíe de los demás. |
| Modifique su posición con facilidad. | Aférrese a su posición. |
| Haga ofertas. | Amenace. |
| Descubra su mínimo aceptable. | Engañe respecto de su mínimo aceptable. |
| Acepte pérdidas unilaterales a fin de alcanzar un acuerdo. | Exija beneficios unilaterales como precio para el acuerdo. |
| Busque la única respuesta «posible»: la única que los otros aceptarán. | Busque la única respuesta «posible»: la única que usted aceptará. |
| Insista en el acuerdo. | Insista en su posición. |
| Trate de evitar una pugna de voluntades. | Trate de ganar una pugna de voluntades. |
| Ceda ante la presión. | Presione. |

Si bien se considera, esta alternativa negociador duro/negociador blando que los referidos autores nos presentan para que la rechacemos no es nada distinto a la expresión unilateral (posicional) de las dos formas de debate que hace nada hemos descartado por inapropiadas para alcanzar un buen acuerdo. La disputa vendría a ser el debate correspondiente a dos negociadores duros que se enfrentan para tratar de imponerse el uno al otro; el consenso, el debate correspondiente a dos negociadores blandos. Y, finalmente, el debate entre un negociador duro y un negociador blando no sería nada distinto de una disputa en la que uno de los interlocutores ha aceptado de antemano su derrota. Bien mirado, la negociación posicional, tal como nos la han presentado estos autores y su propio nombre indica, es estrictamente actoral.

Fisher, Ury y Patton proponen considerar la negociación como un juego totalmente diferente del meramente posicional. Lo llaman negociar sobre la base de los principios y de las circunstancias, y consiste en que los negociadores se vean a sí mismos como «solventadores de problemas». El siguiente cuadro recoge las pautas que guían la conducta de un negociador que asume este rol alternativo al posicional, el rol de solventador de problemas. Nuevamente, en mi opinión, el cuadro ofrece tal grado de pregnancia que no requiere de mayor comentario.

| LA NEGOCIACIÓN BASADA EN PRINCIPIOS Y EN LAS CIRCUNSTANCIAS |
|---|
| Los participantes son solventadores de problemas. |
| El objetivo es alcanzar una solución eficiente y amigable. |
| Separe las personas del problema. |
| Sea blando (comprensivo) con los demás y duro con el problema. |
| Compórtese de manera que nada tenga que ver con la confianza. |
| Céntrese en los intereses, no en las posiciones. |
| Explore los intereses |
| Evite tener un mínimo aceptable. |
| Invente opciones en beneficio mutuo. |
| Desarrolle opciones entre las que escoger; decida más tarde. |
| Insista en utilizar criterios objetivos |
| Busque un acuerdo basado en estándares que sean independientes de la voluntad. |
| Ceda ante el principio, nunca ante la presión. |

En realidad, lo que están diciendo Fisher, Ury y Patton, al poner el acento en la idea de problema, es muy semejante a lo que hemos apuntado antes: que el debate apropiado para una negociación está en la banda que abarca la controversia y el diálogo racional. Donde ellos hablan de solventadores de problemas, nosotros hablábamos de cuestión controvertida (para la controversia) y de cuestión difícil (para el diálogo racional). Donde ellos dicen «separe las personas del problema», nosotros distinguíamos entre debates actorales (inapropiados) y debates temáticos u objetuales (apropiados). Y así sucesivamente: todos los consejos que estos autores dan pueden ser interpretados en términos de evitar que el debate negocial se convierta en un debate actoral y de que se mantenga siempre dentro de los cauces de los debates temáticos, de la controversia y del diálogo racional. El debate negocial bien llevado se caracteriza por operar transiciones constantes de una a otra de estas formas temáticas de debate. El debate negocial trata, por un lado, de fijar lo que separa a los negociadores (propio de las controversias) y, por otro, de apelar a estándares y criterios objetivos o independientes para superar las referidas distancias (propio del diálogo racional).

## 6. NEGOCIACIÓN Y DEBATE NEGOCIAL

Con independencia de que se opte normativamente (¿cómo se debe negociar?) por el modelo tradicional-posicional o por el modelo alternativo que nos proponen Fisher, Ury y Patton, lo que me interesa mostrar a continuación es que ambas formas de negociación son compatibles con la imagen que estamos componiendo de la misma: la negociación como un debate, como un diálogo argumentativo. Para mostrarlo, voy a centrarme sobre todo en la concepción tradicional-posicional de la negociación, porque en la otra concepción, los componentes argumentativos son manifiestos, patentes.

Se negocie como se negocie (se opte por una u otra forma de negociación), parece claro que todo buen negociador necesita aclarar relativamente ciertas cuestiones (determinar ciertos parámetros) antes de iniciar un debate negocial. En primer lugar, un buen negociador necesita determinar con alguna precisión qué pretende conseguir con el acuerdo-decisión; es decir, *cuál es su objetivo*, cuál es el sentido de su participación en la negociación; qué explica que esté negociando. Sin un propósito, cualquier acción (en nuestro caso, la participación en una negociación) carece de sentido. Como consecuencia de esta determinación, el negociador imagina un conjunto de *pactos deseados* por él y que vendrían a ser ex-

presión de lo que considera el resultado más favorable. En segundo lugar, un buen negociador necesita también determinar de manera relativamente precisa *qué alternativas tiene* para conseguir lo que quiere en caso de que no se alcance algún acuerdo deseado. Si el acuerdo es un medio para conseguir algo, es de sentido común que el negociador se pregunte cómo puede conseguir ese algo que quiere en caso de que no alcance el acuerdo con la contraparte; es decir, que se pregunte qué alternativas tiene al acuerdo. Finalmente, en tercer lugar, y como consecuencia de haber aclarado los dos parámetros anteriores, un buen negociador necesita también determinar de manera más o menos precisa *cuál es su mínimo aceptable*. No tiene ningún propósito aceptar un pacto cuando se cuenta con alternativas para conseguir lo que se persigue y que resultan más favorables que el pacto. En términos negociales, pactar por debajo del mínimo aceptable es, en este sentido, estrictamente «irracional». A partir de esta determinación, el negociador imagina un conjunto de pactos indeseados, de pactos que están por debajo de lo que él considera su mínimo aceptable.

Bien mirado, todo lo anterior es básico para que un negociador pueda conseguir cierta orientación. En efecto, un negociador puede estar más o menos abierto, pero negociar sin objetivos, sin alternativas y sin límites es algo muy parecido a navegar completamente a la deriva. Cada buen negociador se traza un cierto mapa que le permite imaginar, concebir o distinguir tres conjuntos de pactos: *a*) Un primer conjunto estaría formado por los *pactos deseados*; es decir, por los pactos que el negociador aceptaría prácticamente sin necesidad de negociar porque acogen la que considera su posición más favorable. *b*) Un segundo conjunto de pactos estaría compuesto por los *pactos indeseados*; esto es, los pactos que nunca firmaría con independencia de cómo se desarrollara la negociación; y nunca los firmaría porque están por debajo de su mínimo aceptable, porque tiene alternativas mejores a esos pactos. Y *c*) un tercer conjunto formado por los *pactos* cuya deseabilidad *depende* de cómo se desarrollara la negociación; esto es, los pactos que *a priori* no se pueden ni aceptar ni rechazar[11].

11. Normalmente, el par de conceptos «deseado/indeseado» se utiliza para significar una situación de oposición dicotómica y graduable; es decir, como una oposición en la que «indeseado» suele jugar el rol de concepto fijo (meramente clasificatorio) y «deseado», el rol de concepto graduable, pues una cosa puede ser más o menos deseada que otra. Sin embargo, para dar cuenta del horizonte de un negociador, necesitamos operar con dos categorías clasificatorias que representan, por un lado, los pactos que el negociador rechazaría sin negociar (los pactos indeseados) y, por otro, los pactos que el negociador aceptaría sin negociar (los pactos deseados). En medio de ellos se encuentran los pactos «depende», porque dependiendo de cómo vaya la negociación entrarían en una categoría o en la otra.

Lo dicho hasta ahora es de puro sentido común; no es propio ni exclusivo de ninguna concepción de la negociación: cualquier negociador racional persigue fines, piensa alternativas y se pone límites. Vale tanto para la concepción tradicional-posicional como para la alternativa de Fisher, Ury y Patton. ¿Dónde está, pues, la diferencia? ¿Qué caracteriza específicamente la concepción tradicional-posicional? Lo propio y característico de esta concepción no está en construir esta tripartición, sino en la composición combinada que hace de las dos triparticiones en juego (una por cada parte). En efecto, cualquier negociador que intenta orientarse en una negociación se hace mentalmente su propia tripartición con independencia de cómo quiera negociar. Lo específico de la concepción posicional es la composición combinada que hace de las triparticiones de cada uno de los negociadores. La imagen resultante de esta composición combinada es más o menos la siguiente: el conjunto de pactos deseados por *A* viene a coincidir con el conjunto de pactos indeseados por *B*; y a la inversa, el conjunto de pactos deseados por *B* coincide con el conjunto de pactos indeseados por *A*. Esta composición hace dos cosas: una, que *a priori* resulte imposible que haya un pacto simultáneamente deseado por los dos negociadores. Otra, que *a priori* los únicos pactos posibles estén en el ámbito de lo que he llamado «pactos depende». El siguiente cuadro trata de mostrarlo gráficamente:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| *A* | Pactos deseados | Pactos depende | Pactos indeseados | |
| | Pactos indeseados | Pactos depende | Pactos deseados | *B* |
| | PACTOS IMPOSIBLES | PACTOS POSIBLES | PACTOS IMPOSIBLES | |

Lo característico del juego posicional no es —repito— la tripartición que hace cada negociador, sino la composición combinada de las dos triparticiones en «liza». Conforme a esta concepción, no es posible que el ámbito de los pactos deseados por *A* coincida con el ámbito de los pactos deseados por *B*. Por ello, la negociación está siempre y por definición (por composición) en el dominio del puro conflicto. La concepción tradicional-posicional construye una imagen estrictamente conflictual de la negociación. Cada negociador trata de conseguir que el pacto que finalmente se alcance esté lo más próximo posible al ámbito de los pactos deseados por él, lo que implica que el pacto en cuestión se aproximará necesariamente al ámbito de los pactos indeseados por la otra parte. Es decir, lo que se desplaza en favor de un negociador se desplaza en contra del otro. En consecuencia, la negociación así concebida es necesariamente un juego de ganar-perder. Desde esta perspectiva, la idea de un

«buen acuerdo» para todos solo puede ir referida a la noción de empate, de equilibrio respecto de las posiciones iniciales: «Los dos podemos darnos por satisfechos, ambos hemos cedido en igual medida»; «Ni para ti, ni para mí: en medio»; etcétera.

Esta imagen de la negociación no es descriptivamente falsa. Hay muchas negociaciones reales que solo pueden leerse en clave posicional. Ello ocurre claramente cuando la relación entre los negociadores es esporádica, el objeto de la negociación no es excesivamente complejo y, además, recorre una banda lineal y graduable; como, por ejemplo, la negociación del precio en dinero de cualquier cosa. La negociación en estas condiciones es muy semejante a un regateo. Esta imagen de la negociación, en muchas ocasiones, no es —repito— falsa. Lo que sí resulta falso es la pretensión de colonizar todo el mundo de la negociación a partir de este modelo simple. La falsedad, la falacia, consiste en extender la caracterización de la parte al todo. Así, por ejemplo, a partir de este modelo simple, se han extendido tres tópicos sobre la negociación y el buen negociador que no es que sean falsos, pero que sí resultan parciales y que además se han sobredimensionado. Estos tres tópicos son: uno, el buen negociador, el negociador racional, es un maximizador estrictamente egoísta; dos, la conducta negocial racional es meramente estratégica; y tres, en la negociación, lo importante son los movimientos, no los argumentos. Analicemos brevemente estos tres tópicos.

Empecemos con el tópico de la maximización. Resulta evidente que lo que mueve a los negociadores esclarecidos es la propia conveniencia: tratan de conseguir el acuerdo más conveniente para ellos; no tiene sentido, y es siempre un error, llegar a un acuerdo inconveniente. Naturalmente que las nociones de ponderación de fines, de «mal menor» y de «mal necesario» son perfectamente compatibles con los juicios relativos a la propia conveniencia («Lo más conveniente para mí es firmar este acuerdo, pues es la menos mala de las alternativas que tengo»). Ahora bien, una cosa es afirmar que el rol de negociador está intrínsecamente conectado con la propia conveniencia y otra muy diferente sostener que el buen negociador es un maximizador egoísta. Entre la «propia conveniencia» y la «maximización» hay un largo trecho: el que va desde la complejidad social de muchos juicios relativos a la propia conveniencia a la simplicidad de los juicios relativos a la utilidad y/o el beneficio económicos. Por ejemplo, unos padres que tras un divorcio negocian correcta y sensatamente el régimen de visitas de sus hijos no son maximizadores del disfrute de sus hijos. Nadie en su sano juicio aconsejaría a un/a padre/madre que aceptase un acuerdo inconveniente; esto es, un acuerdo que no le permitiera «disfrutar» de sus hijos. Todo el mundo estaría de acuerdo en considerar que

poder disfrutar de los hijos es condición necesaria para que un acuerdo pueda resultar conveniente. Pero de aceptar esto a decir que, en este caso también, el buen negociador es aquel que trata de maximizar el propio disfrute de los hijos hay un salto totalmente injustificado. La negociación alcanza también ámbitos y dimensiones sociales que no se hallan (o no deberían hallarse) colonizados por la «lógica» de la mera utilidad y/o el beneficio económicos. Del hecho de que muchas negociaciones tengan lugar en contextos de maximización de utilidad no se sigue que la negociación sea necesariamente una cuestión de maximización de utilidad. Negociar el precio de un coche es una cosa y negociar el régimen de visitas de los hijos en caso de divorcio es otra muy distinta. No es solo cuestión de que el marco legal sea diferente en un caso y en otro, es que la construcción del autointerés y de la propia conveniencia del negociador cambia en un caso y en otro. En la compra de un automóvil se entiende perfectamente bien qué quiere decir maximizar la utilidad; en el establecimiento del régimen de visitas de un hijo, no. En definitiva, la validez de la imagen del maximizador egoísta es relativa a los contextos negociales. Hay contextos en los que esta imagen es válida tanto descriptiva como normativamente. Pero hay muchos otros en los que la imagen es descriptivamente falsa y normativamente incorrecta, porque ocurre que los demás importan[12].

Por otro lado, y más allá de lo anterior, conviene no olvidar que cuando uno compone la imagen de un negociador «racional», el énfasis desmesurado en la maximización desemboca en lo que podría llamarse el «síndrome del negociador exitoso». En efecto, la obsesión por la maximización combinada con la situación de incertidumbre en la que se en-

12. En la idea de que los demás también importan se basan todos los análisis que dan como resultado los llamados en español «modelos de intereses dobles» (*Dual Concern Models*). Estos modelos parten de la idea de que los individuos modulamos nuestras conductas conflictuales a partir de *dos variables independientes entre sí*: nuestro propio interés y nuestro interés por los demás (o también, por ejemplo, nuestro interés por el resultado del conflicto y nuestro interés por la relación con el otro). Conforme a dichos análisis cabe tanto un sujeto que combina una preocupación muy alta por su propio interés con una muy baja por el interés de los demás; como a la inversa, un sujeto que muestra una preocupación muy baja por su propio interés y una preocupación muy alta por el interés de los demás. En definitiva, se trata con muchos tipos de sujetos que actúan de maneras diferentes en función de las circunstancias del conflicto. Así, por ejemplo, a partir de dichos planteamientos y asignando los valores bajo y alto a las variables «preocupación por el propio interés» y «preocupación por el interés de los demás» se obtienen los siguientes cinco tipos básicos de conducta conflictual: ceder, luchar, apatía, imparcialidad y avenencia. Cf. R. J. Lewicki, B. Barry y D. M. Saunders, *Fundamentos de negociación*, McGraw Hill, México, 2008, pp. 27 ss.

cuentran los negociadores acaba generando frustración. Tratemos de explicarlo. La incertidumbre de un negociador consiste en lo siguiente: el negociador no sabe si el acuerdo conveniente para él (el acuerdo deseado, buscado, pretendido, etc.) es posible o no. Es decir, no sabe si el otro lo aceptará o no. Un buen debate negocial supuestamente tiene que esclarecer precisamente esto: si es posible o no un acuerdo conveniente. Pues bien, la paradoja de la maximización consiste en que cada vez que un negociador «maximizador» hace una oferta que la contraparte le acepta, no puede saber si él ha acertado o no al hacer la oferta. ¿Por qué? Porque no puede saber si la contraparte le hubiera aceptado o no una oferta más ajustada; una oferta más conveniente para él. La construcción de la propia conveniencia como mera maximización en combinación con la situación de incertidumbre en la que se halla un negociador desemboca, en este sentido, en frustración. Una construcción algo más sofisticada de la propia conveniencia no presenta este tipo de paradojas, de dificultades[13].

Otro tópico sobre la negociación que la concepción posicional exacerba es el que afirma que la conducta de los negociadores (de los buenos negociadores) es meramente estratégica, nunca comunicativa. Otra forma de decir lo mismo es afirmar que la actitud comunicativa en un negociador resulta suicida. Una vez más, el tópico no es falso, lo que ocurre es que tiende a ponerse demasiado énfasis en él. Sucede algo muy parecido a lo que ocurría con la maximización. El tópico expresa un punto de verdad sobre la negociación, pero no es toda la verdad. No cabe duda de que la negociación es un terreno abonado para la conducta estratégica, pues se dan las tres propiedades siguientes: los negociadores persiguen su propio interés, su conveniencia; los negociadores se hallan, además, en una situación de interdependencia entre ellos (que se realice el interés de cada uno de ellos depende, respectivamente, de lo que haga el otro); y, finalmente, los negociadores se hallan también en una situación de incertidumbre (ignoran estrictamente qué acuerdos son posibles). En estas condiciones,

13. Bazerman y Neale, con fines teóricos distintos de los aquí asumidos por mí, y partiendo de la base de que en las negociaciones somos víctimas en muchas ocasiones de nuestras propias suposiciones engañosas, recurren a la idea de «*la maldición del ganador*». Para presentarla, nos proponen la siguiente recreación: «Usted está en un país extranjero y entra en relación con un mercader que vende una piedra preciosa muy atractiva. Aunque ha comprado algunas joyas en su vida, está lejos de ser un experto. Tras algún regateo, hace una oferta que sin lugar a dudas es baja. El mercader acepta rápidamente, y la piedra es suya. ¿Cómo se siente? La mayor parte de las personas se sentiría mal» (M. H. Bazerman y M. A. Neale, *La negociación racional en un mundo irracional*, trad. de J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 83 ss.). Estos autores explican el fenómeno a partir de la percepción de la desigual información entre el vendedor y el comprador, pues se asume que el vendedor conoce mejor el objeto, la joya, que el comprador.

quien consiga anticipar los movimientos del otro adquiere, sin duda, una gran ventaja estratégica. Esto es así y todo el mundo lo sabe. Pero de ahí solo se sigue que en el debate negocial que entablan los negociadores no siempre rigen las reglas del discurso racional. Cada parte administra a su conveniencia la información que suministra a la otra, porque una cosa es mostrar interés por algo y otra muy distinta es desvelar cuánto interés se tiene por ese algo. En este sentido, por ejemplo, resultaría ridículo interpretar que todas las «locuciones» que los negociadores emiten incorporan una pretensión de sinceridad y que, en consecuencia, los negociadores solo afirman aquello que realmente creen. El componente estratégico y no comunicativo del debate negocial es tan obvio que no hace falta insistir en él. El problema, una vez más, es de énfasis y de exacerbación de ciertas propiedades. Porque una cosa es decir que *no siempre* rigen las reglas del discurso racional y otra muy distinta, afirmar que *nunca* rigen dichas reglas. En muchos contextos, un buen debate negocial tiene que esclarecer si es posible un acuerdo conveniente; y para alcanzar ese punto, se necesita comunicación entre los negociadores.

El tercer tópico exacerbado por la concepción meramente posicional de la negociación, y que resulta coherente con los dos anteriores, podría formularse así: «solo importan los movimientos, nunca los argumentos». Nuevamente, el tópico expresa un punto de verdad porque si uno no quiere moverse de su posición, no hay argumento que pueda hacer que se mueva. Los movimientos son acciones y, por tanto, son estrictamente voluntarios. La terquedad y la tozudez han existido desde siempre; y la figura del sordo ante los argumentos es un viejo conocido de la teoría de la argumentación. Ninguno de estos fenómenos dice nada respecto de la concepción de la negociación como un debate, como un debate negocial. Para ilustrar la relación entre movimientos y argumentos, reproduzcamos el diálogo que hemos utilizado en el capítulo II entre un payés mallorquín y un *foraster* que quería comprarle una casa, pero ahora completémoslo con dos movimientos más:

1 — Buenos días. ¿Es suya la casa X? —pregunta el *foraster*—. En el bar de la plaza me han dicho que usted es el propietario y que creen que está interesado en venderla. Se lo digo porque, según el precio, yo se la compraría.
2 — Sí, es mía... y venderla, hombre, depende —contesta el payés.
3 — ¿Por cuánto la vendería?
4 — No la vendo. Bueno... por 100.
5 — ¡Eso es muchísimo! La casa está medio en ruinas —dice el *foraster*.
6 — ¿Sabe qué? Ahora vale 105 —replica el payés.
7 — ¡Qué dice! Si está que se cae.
8 — ¡110!

El diálogo en su versión actual resulta ciertamente peculiar. Detengámonos brevemente porque su análisis puede resultar fructífero. Muchas intervenciones del diálogo no parecen, en principio, argumentos, sino más bien puros movimientos. Ahí van unos cuantos:

— La intervención 3 es una toma de posición. El *foraster* da un paso cuyo sentido es más o menos el siguiente: «Según el precio que me pida, estoy dispuesto a comprarle la casa».

— La intervención 4 consiste en que el payés realiza un movimiento cuyo significado puede ser este: «Aunque no tengo muchas ganas de vender, por 100 la casa es suya».

— La intervención 5 es ya algo más compleja, pues en ella el *foraster* incorpora un movimiento acompañado de un argumento. El movimiento podría leerse más o menos así: «Por 100 no compro»; y el argumento, «100 es demasiado *porque* la casa está medio en ruinas».

¿Cuál es la relación entre el movimiento del *foraster* y su argumento? El movimiento es «por 100 no compro» y el argumento pretende lo propio de las argumentaciones en el ámbito de la racionalidad práctica: justificar (o descalificar) acciones y persuadir (mover) a otro a la realización de ciertas acciones. En efecto: por un lado, justificar ante el payés el propio movimiento del *foraster*, que el precio no es 100 «porque la casa está medio en ruinas». Y, por otro, tratar de persuadir al payés de que rebaje el precio. Tras la alegación del defecto como justificación para no comprar y como razón para que se rebaje el precio, el payés tiene tres alternativas argumentativas: *a*) negar el defecto y no moverse («No es cierto que la casa esté medio en ruinas y, por tanto, su precio sigue siendo 100»); *b*) aceptar la existencia del defecto y no moverse porque considera que el defecto ya está reflejado en el precio («El hecho de que la casa esté medio en ruinas es lo que explica que solo pida 100») y *c*) aceptar la existencia del defecto y ajustar el precio a la baja («Está bien, se la dejo por 95»).

Los movimientos tratan de constituir razones para que el otro se mueva en un determinado sentido («me muevo para que tú te muevas» o «no me muevo para que seas tú quien se mueva»). Y, en este sentido, los argumentos juegan un papel fundamental para entender el propósito de los referidos movimientos, y que su secuencia no se experimente solo como un puro y desnudo choque de voluntades sin demasiado sentido. Nótese que para reconocer estas dos funciones de los argumentos, no hay que presuponer la sinceridad de ningún interlocutor. Para ilustrar este papel de los argumentos, consideremos ahora los «extraños» movimientos del payés expresados en las intervenciones 6 y 8. Si esos movimientos hubieran sido los esperados (primero rebajar hasta 95 y luego hasta 90; o

no rebajar en absoluto; o solo hasta 95 y ya no ceder más, etc.), es verdad que la retórica (la argumentación) podría haber resultado superflua porque todos los argumentos estarían implícitos. Pero cuando el payes realiza los dos movimientos inesperados, se genera un problema directo de interpretación de los mismos. ¿Qué significan esos movimientos? ¿Qué pretende el payés al incrementar el precio? Está claro que sus movimientos pretenden ser una razón para que el *foraster* haga algo, se mueva en algún sentido. Pero ¿en qué sentido? ¿Hacia dónde? Que compre ya y sin demora; que si quiere comprar a buen precio, no saque defectos a la que un día fue «la casa de los queridos y difuntos padres del payés»; que no está dispuesto a regatear. ¿Qué significan? Todo el mundo que se hubiera hallado en la situación del *foraster* le hubiera dirigido al payés las dos preguntas argumentativas por excelencia en el ámbito de la razón práctica. El porqué y el para qué de sus movimientos.

En definitiva, es verdad que hay negociaciones lineales y muy sencillas en las que ya está todo implícitamente dicho; en las que la argumentación que acompaña los movimientos puede en efecto resultar completamente superflua. Pero de ahí a afirmar que en la negociación solo importan los movimientos (la voluntad) de los negociadores, media un largo trecho: el que va de tomar la parte por el todo.

## 7. LA CALIDAD DE UN ACUERDO-DECISIÓN: ACUERDO, CONVICCIÓN E IMPOSICIÓN

En los dos primeros capítulos he recurrido con bastante frecuencia a la ambigua expresión de (con)vencer. Lo he hecho para tratar de evitar incurrir en una visión idealizada de la argumentación; para poner en el primer plano la idea de que la argumentación (vista desde la perspectiva pragmática), y dentro de ella, el debate, vale tanto para vencer (imponerse) como para convencer (provocar un cambio en alguien mediante razones, conseguir la adhesión del interlocutor). Es decir, que en el trasfondo de todo debate está la cuestión de la imposición y de la persuasión. En el desarrollo de este capítulo he recurrido también a una expresión extremadamente ambigua. En efecto, he dicho en repetidas ocasiones que la «controversia» y el «diálogo racional» eran las formas de debate apropiadas para la negociación; y que la «disputa» y el «consenso», si bien podían jugar un papel importante en la entrada y en la salida de las negociaciones, eran formas de debate negocial inapropiadas. Lo que trataba de decir con ello es que la disputa y el consenso suelen resultar improductivos, pues en general no permiten avanzar demasiado hacia el acuerdo-

decisión cuyo sentido es un intercambio y, además, en el caso de que sí desemboquen en el acuerdo-decisión, la calidad del mismo suele resultar más que dudosa. Si bien se considera, esto último es una pura perogrullada: un intercambio construido sobre bases racionales es más sólido que uno cuyo apoyo son meros estados psicológico-emocionales. Un ejemplo ayudará a entender lo que trato de decir.

Todos hemos sido testigos de situaciones como esta. Dos personas se divorcian y tratan de alcanzar un acuerdo para proceder a la disolución de la sociedad conyugal. Uno de los cónyuges está resentido, considera que ha sido traicionado, engañado, humillado... y cree ver en la negociación (aunque tal vez no lo expresa) una oportunidad para «ajustar las cuentas» («Esta es la mía», piensa) porque se siente fuerte. Asume claramente —aunque, tal vez, sin ser muy consciente de ello— el papel de un negociador duro. El otro cónyuge está dominado por un sentimiento de culpa. Su cerebro está «intoxicado» por un fuerte «barullo» psicológico en el que juega un papel destacado el autorreproche del «abandono de familia». Se siente en deuda; debe indemnizar el daño causado y/o expiar la culpa en que ha incurrido. Lo que quiere, en realidad, es acabar cuanto antes: llegar a un acuerdo que le permita (le allane el camino para) acallar la «mala conciencia» y recuperar el «estado de gracia» perdido. Consciente o inconscientemente asume el rol del negociador blando. En estas circunstancias, ¿qué es lo más probable que ocurra? Primero, que estas dos personas alcancen un acuerdo-decisión con relativa rapidez; y, segundo, que el acuerdo-decisión alcanzado sea impugnado en un lapso de tiempo no muy dilatado. En efecto, el acuerdo-decisión será probablemente impugnado tan pronto como desaparezca el desorden psicológico que ocupaba el cerebro del cónyuge que se sentía culpable y que, como consecuencia de ello, había asumido el papel del negociador blando.

¿Qué ilustra el ejemplo? Que los acuerdos-decisión mal debatidos (mal deliberados) son perfectamente posibles, y que, sin embargo, no son los mejores, los más aconsejables. Esto no es propio de la negociación, es común a todos los ámbitos institucionales de decisión colectiva. En todos los marcos institucionales en los que está prevista la posibilidad de tomar una decisión colectiva (tanto da que la misma consista en *tomar acuerdos* como en *alcanzarlos*), hay reservado siempre un espacio para la deliberación colectiva, para el debate. La explicación es clara: la confianza en la deliberación colectiva, en el debate —en el uso de la razón dialógica, en definitiva— como fuente de «buenas» decisiones. Todos nuestros diseños institucionales parten del presupuesto de que la calidad de los acuerdos-decisión está vinculada con la calidad de los debates que los

preceden. En este aspecto, la negociación no es una excepción: pensamos que un acuerdo alcanzado tras una buena negociación (un buen debate negocial) es mejor que un acuerdo alcanzado tras un pésimo debate negocial. Esto no supone una idealización de la negociación ni tampoco considerar que toda ella está presidida por la racionalidad comunicativa. Los marcos institucionales en general soportan tanto la acción comunicativa como la acción estratégica; y los buenos acuerdos suelen ser el producto de una combinación de ambas, de un compromiso entre equilibrios estratégicos y razones válidas. En el debate negocial hay siempre un punto de incertidumbre que solo el desarrollo del propio debate puede llegar a despejar: ¿cuál es el acuerdo posible y más conveniente? Ello supone que todos los negociadores tienen simultáneamente que comunicar y ocultar, que escuchar y descubrir. El paradigma del fracaso en el debate negocial es el caso en que habiendo acuerdos posibles (es decir, acuerdos a los que las dos partes hubieran prestado su consentimiento), la dinámica del debate no permite que esa información aflore, no permite que los actores evalúen la conveniencia o no de esos acuerdos posibles.

## 8. ¿QUÉ OCURRE CON LAS AMENAZAS? ¿Y CON LAS OFERTAS?

Quienes insisten en la separación drástica entre argumentación y negociación recurren a las amenazas como la prueba de fuego de la distancia que media entre la una y la otra. Un argumentador, vienen a decir, tiene prohibido amenazar, un negociador, no; el debate es incompatible con la amenaza, la negociación, no. Pero, en mi opinión, este punto de vista carece por completo de fundamento. Imaginemos un debate político que adquiere el tono de una disputa y en el que uno de los contendientes ha insinuado que el otro está implicado en asuntos turbios de corrupción. Este último le replica del siguiente modo:

> «No siga por ese camino, Sr. Perengano. Eso que usted afirma es una insidia. Si insiste, voy a verme obligado a tirar de la manta. Y si tiro de la manta, quien va a quedar al descubierto es usted. Las vergüenzas que se van a ver serán las suyas. ¿Queda claro? No siga por ese camino».

¿Es creíble como fragmento de un debate? Parece que sí. ¿Se trata de una amenaza? Parece que también. Obviamente, no es un delito de amenazas, pero sí tiene todas las características de una amenaza. El DRAE define «amenazar» como «dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien». El primer problema que plantean las amenazas es el de cuáles están permitidas y cuáles no; cuáles constituyen ilícitos y

cuáles no. Está claro que no es lo mismo amenazar a alguien con retirarle el saludo que amenazarle con partirle las piernas. La amenaza de retirar el saludo no está prohibida, mientras que la de partir las piernas, sí lo está. La primera cabe dentro de una negociación, la segunda, no. ¿Dónde hay que situar los límites de las amenazas permitidas? Aunque aquí no voy a desarrollar la respuesta, la ilicitud de las amenazas tiene dos grandes dimensiones en el Derecho. Una es de naturaleza penal: hay amenazas que pueden llegar a constituir un delito contra el bien jurídico de la libertad. La otra dimensión es de naturaleza civil, pues las amenazas pueden constituir un vicio en el consentimiento que puede llegar a afectar a la validez de los contratos (de los acuerdos-decisión alcanzados). Lo importante ahora para nuestro discurso es darse cuenta de que hay amenazas no prohibidas por el Derecho (que no constituyen ilícitos penales ni ilícitos civiles) y que encuentran un espacio perfectamente natural dentro de las formas conflictivas de debate. En los modos no conflictivos de debate, es decir, en los cooperativos, las amenazas son siempre intervenciones falaces, pues constituyen necesariamente una ruptura de las reglas del debate cooperativo, de las reglas del juego limpio cooperativo. Una vez aceptado esto, conviene detenerse un tanto a analizar la funcionalidad de las amenazas. Consideremos los siguientes cuatro ejemplos:

*a*) Un catedrático viejo se dirige a un colectivo variado de profesores en estos términos: «Habéis propuesto a Fulanita como directora del departamento. Esto es una ofensa sin precedentes. Ateneos a las consecuencias».

*b*) El jefe de una oficina le habla en estos términos a su proveedor de material: «En el último pedido has subido mucho el precio de los folios. O lo bajas o me busco a otro proveedor. Pero no de folios, sino de todo el material de papelería que te venimos comprando desde hace cinco años».

*c*) Un acreedor le dice a su deudor moroso: «Este calendario de pagos aplazados es el único que voy a aceptar. Si no lo firmas, mañana mismo empiezo a hacer efectivas las garantías de las deudas impagadas».

*d*) Un marido despechado le dice a su *ex*: «Me has engañado. Te voy a quitar a tus hijos» [se sobreentiende que judicialmente, no secuestrándolos].

Está claro que estamos ante cuatro amenazas. Ninguna de ellas es delictiva; y todas ellas resultan, en cierto sentido, vulgares: todos hemos vivido (o hemos sido testigos de) episodios semejantes a los expuestos. Lo que tienen en común los cuatro ejemplos es lo que los hace ser amenazas: un sujeto advierte a otro(s) de que le(s) va a causar un cierto mal; y, además, todas ellas se generan en contextos conflictuales. En el primer

caso, el del catedrático viejo, el mal que causar está presente, aunque su contenido y su oportunidad quedan totalmente abiertos. «¡Ya encontraré la ocasión!», parece querer decir. En realidad, lo que hace es anunciar que puede (está dispuesto a) extender el conflicto a cualquier aspecto de las relaciones que mantiene con los interlocutores. Desde retirar el saludo hasta... La eficacia de esta amenaza depende directamente del temor que sea capaz de infundir el personaje en cuestión. En el segundo y en el tercero de los casos, se trata de males bien concretos, cuya realización parece estar completamente bajo el control de los sujetos que las emiten. «Dejaré de comprarte el material de papelería» amenaza con extender el conflicto generado por el precio de los folios a toda la relación «comercial» (y solo la comercial) incluyendo los ámbitos no conflictivos de la misma. «Te ejecutaré los bienes» más que amenazar con la extensión del conflicto, amenaza con incrementar la intensidad del conflicto. Y, finalmente, el cuarto caso alude también a un mal igualmente concreto: «Te quitaré a tus hijos» es una amenaza bien directa, pero que, al necesitar de implementación procesal, solo está muy parcialmente bajo el control del sujeto que formula dicha amenaza.

Una cosa parece estar clara: las cuatro intervenciones se producen en el contexto de debates conflictuales; ninguna de estas amenazas es concebible en el contexto de un diálogo racional o de un consenso. Ahora bien, agudicemos algo más nuestro análisis de los ejemplos referidos y, tal vez, podamos trazar alguna distinción importante. En efecto, la primera y la última de las amenazas, la del catedrático viejo y la del marido despechado, solo caben en el contexto de un conflicto actoral; en particular, en el de una disputa. El horizonte de amenaza trae causa del pasado (la ofensa, en un caso, y el engaño, en el otro); eso está claro, pero ¿cuál es su funcionalidad? ¿Cómo se proyectan hacia el futuro? La respuesta, en mi opinión, solo puede ser una: el sentido de estas amenazas es sencillamente someter y atemorizar al amenazado; o dicho en otras palabras, imponerse sobre él. Nótese que lo que hacen el catedrático viejo y el marido despechado no es hacer justicia, no es castigar ni retribuir la supuesta ofensa o el engaño. Lo que hacen es otra cosa: amenazan con hacer justicia, con retribuir o con castigar una vez que la ofensa o el engaño ya se han producido. El lector convendrá conmigo que a acción vencida —es decir, a ofensa y engaño consumados—, nada tiene que ver hacer justicia (retribuir, castigar) con amenazar con hacer justicia (amenazar con retribuir, castigar). No es cuestión de enredarse con la intención real de (la finalidad realmente perseguida por) los dos personajes en cuestión. Lo relevante no está en eso, sino en la funcionalidad que despliegan sus intervenciones. Lo interesante está en darse cuenta de qué papel jue-

gan en términos negociales. En efecto, siempre ocurre lo mismo. Los que se autoproclaman «ofendidos», «despechados», «humillados», «dolidos», «despreciados», «engañados», etc., hacen una de estas dos cosas:

*a*) Sitúan el conflicto fuera del ámbito de lo negociable. La dignidad no se negocia y las ofensas simplemente se castigan, se retribuyen. Nótese lo que dije antes: quien genuinamente adopta esta actitud no amenaza con castigar, castiga y bloquea cualquier forma de intercambio.

*b*) Se constituyen en negociadores duros. Negocian y usan la «ofensa», el «despecho», etc., para poner un precio desproporcionadamente alto para salirse con la «suya»; en definitiva, para imponerse.

En términos negociales —y siguiendo un esquema propuesto por Joel Feinberg, aunque pensado para un contexto diferente[14]— podemos sintetizar del siguiente modo nuestros dos ejemplos, el del catedrático viejo y el del marido despechado. La intervención del primero podría ser leída de la siguiente manera:

1. Si no os sometéis, os atendréis a las consecuencias.
2. Si os sometéis, no os atendréis a las consecuencias.

Y la del marido también:

1. Si no te sometes, te quitaré a tus hijos.
2. Si te sometes, no te quitaré a tus hijos.

Más adelante regresaré sobre estas estructuras de intervenciones negociales. Por el momento y para acabar con los dos casos de amenazas que acabamos de ver, solo quiero dejar clara una cosa: la única posibilidad de alcanzar un acuerdo «razonable» con ambos personajes radica en conseguir que transiten hacia una forma temática de debate conflictual; es decir, que transiten desde el lenguaje de la disputa hacia el lenguaje de la controversia. En términos negociales, el lenguaje usado o es meramente «prenegocial» y está en la antesala de la transición o pretende simple y directamente el sometimiento de la contraparte. Otra cuestión diferente, extraordinariamente compleja y además muy contextual, y en la que no voy a entrar ahora, es la de cómo conseguir que un interlocutor opere la referida transición; que transite de las formas actorales a las formas temáticas.

El contexto imaginable de las otras dos amenazas —los ejemplos *b*) y *c*)— es el de un debate temático en el que los aspectos negociales no

14. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III. *Harm to Self*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1986, p. 23.

están enmascarados, sino bien a la vista. No hay rastros de conflicto actoral: el acento está puesto en las cosas, no en las personas. La eficacia de estas amenazas depende estrictamente del poder negocial que tienen los respectivos sujetos; no del «temor» que puedan llegar a infundir al amenazar. En el caso del jefe de oficina que amenaza con cambiar de proveedor resulta evidente que la eficacia de dicha amenaza depende del *quantum* de poder negocial que tenga cada parte. No es lo mismo ser comprador del 40 % de todo el material que vende el proveedor en cuestión, que serlo únicamente del 0,01 %. En el primer caso, el jefe de oficina tiene muchísimo poder negocial; en el segundo, carece prácticamente de él. En cualquier caso, lo importante ahora es percatarse de que el poder negocial analizado así tiene que ver solo con cómo es la relación objetivamente considerada (con cómo es el mundo), no con cómo es la relación subjetivamente considerada (con cómo son los diferentes actores de la relación). Este ejemplo también puede sintetizarse mediante el mismo esquema anteriormente utilizado:

1. Si no bajas el precio de los folios, dejo de comprarte material.
2. Si bajas el precio de los folios, seguiré comprándote material.

Finalmente, el caso del acreedor que amenaza con intensificar el conflicto si el deudor moroso no acepta un determinado calendario de pagos es también un caso de conflicto temático. La evaluación de la situación depende de los estados del mundo, no del carácter de los actores. Igual que antes, aquí podemos recurrir también al mismo esquema para sintetizar la estructura de la amenaza:

1. Si no firmas este calendario de pagos aplazados, haré efectivas las garantías de las deudas impagadas.
2. Si firmas este calendario de pagos aplazados, no haré efectivas las garantías de las deudas impagadas.

Si bien se considera que todos los ejemplos de amenazas que he puesto responden a un mismo esquema. Esquema que es formulable de la siguiente manera[15].

1. Si no haces Y, yo haré X
2. Si haces Y, yo no haré X.

15. Este esquema es una adaptación del que propone Feinberg para dar cuenta de las ofertas coactivas en contextos paternalistas. Cf. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., p. 234. Agradezco a Macario Alemany la sugerencia de utilizarlo.

Nótese que —como dice Feinberg— si 1 es una amenaza, entonces 2 necesariamente no lo es. ¿Qué es, pues, 2? En mi opinión, la respuesta es clara: si bien tal vez no sea técnicamente una oferta (porque «no perjudicar» no equivale a «beneficiar»), lo cierto es que se parece mucho. Incluso podría decirse que para que 1 pueda operar como amenaza, 2 tiene que ser visto como una oferta, pues motiva como tal. Y a la inversa, si 1 es una oferta, entonces 2 necesariamente no lo es. ¿Qué es, pues, 2 en este caso? La respuesta es la misma que en el caso anterior: técnicamente tal vez no sea una amenaza (porque «no beneficiar» no equivale a «perjudicar»), pero en términos motivacionales se parece bastante. Lo que me interesa resaltar es que en términos motivacionales hay una continuidad manifiesta entre ofertas y amenazas. Es más, si se analiza bien el ejemplo de la amenaza del acreedor al deudor moroso, no es nada fácil distinguir si se trata de una oferta o de una amenaza. En realidad, es perfectamente traducible al lenguaje de las ofertas, es formulable de este modo: «Te ofrezco no ejecutar las garantías a cambio de que aceptes este calendario de pagos aplazados». Y también traducible a un lenguaje simultáneamente de ofertas y amenazas: «Te *ofrezco* un determinado aplazamiento de pagos y te *amenazo* con que si no lo aceptas, ejecutaré inmediatamente las garantías»[16].

Antes dije que un debate negocial bien llevado tenía, por un lado, componentes cognitivos, pues cada parte tenía que llegar a conocer las preferencias y/o las pretensiones de la contraparte para llegar a esclarecer qué acuerdos son posibles; y, por otro, componentes persuasivos de modificación de las preferencias y/o las pretensiones de la contraparte para que acepte el acuerdo que se le propone. Pues bien, de todo lo dicho hasta ahora pueden extraerse, me parece, algunos corolarios:

*a*) Las amenazas y las ofertas juegan su papel dentro del debate negocial. En el contexto de una negociación, tanto quien amenaza como quien ofrece hace simultáneamente estas dos cosas:

— Da a conocer a la contraparte lo que desea obtener de ella.

— Trata de persuadirla de que le dé lo que desea; y lo hace convirtiendo la propia acción en una razón para que la contraparte le dé lo deseado. En las amenazas, la acción va en contra de los intereses de la con-

16. En el mundo angloparlante es relativamente común recurrir a la expresión *throffer* (que es fruto de la fusión entre *threat* —amenaza— y *offer* —oferta—) para referirse a las ofertas coactivas que presuponen una relación asimétrica. Sin embargo, en mi opinión, esta expresión es perfectamente aplicable también a las relaciones simétricas, pues como he tratado de mostrar, también a ellas les es aplicable la idea de la continuidad entre ofertas y amenazas.

traparte; le daña, le perjudica. En las ofertas, la acción va en favor de los intereses de la contraparte; le beneficia. Quien amenaza acentúa la dimensión conflictual de la relación; quien ofrece acentúa la dimensión cooperativa de la relación.

*b*) Hay amenazas que son netamente actorales, cuya finalidad no es ajustar el intercambio, sino imponerse a la contraparte. La mejor manera de detectar una amenaza actoral es comprobar hasta qué punto representa una fuga del objeto real de conflicto. En términos de negociación, las amenazas actorales presentan los mismos problemas que las formas actorales de debate. Si estas amenazas resultan exitosas, suelen producir el efecto de generar acuerdos desequilibrados. También hay ofertas actorales, que se parecen más a una compra de voluntades que a una propuesta de intercambio. Sobre estas cuestiones regresaremos en el siguiente epígrafe cuando abordemos la cuestión del poder en una negociación.

*c*) Quien convierte cualquier objeto real de conflicto (ya sea la dirección de un departamento universitario, el pago de una deuda, etc.) en una cuestión de honor, de culpa, de dignidad, de moralidad, etc., está haciendo una de estas dos cosas:

— O bien está convirtiendo la cuestión en innegociable, la lleva al terreno de lo innegociable. La dignidad y los principios no se intercambian, forman parte de lo que no se negocia.

— O bien está tratando de imponerse, de constituirse en un negociador duro que busca la imposición.

*d*) Las amenazas que son expresión del poder de intercambio que tiene cada una de las partes no son más que puros fragmentos de debate negocial. En este sentido, nunca hay que olvidar que las partes, en función del poder negocial que tienen, cuentan siempre con el recurso de dejar de negociar, es decir, con la amenaza de levantarse de la mesa. Otra cosa es acertar en el análisis y la determinación del poder negocial de cada parte en una ocasión determinada.

## 9. PODER Y PODER NEGOCIAL

Max Weber define el poder en términos sociales como «la probabilidad de imponer la propia voluntad en una relación social». Y añade, a continuación, que el concepto de poder es sociológicamente amorfo. Con esto último trata de significar que cualquier factor que sirve a una persona para imponerse a otra es un fragmento de poder en términos sociales. Ello supone que no puede determinarse en abstracto y *a priori* el conjunto de recursos que son funcionales a la imposición de la voluntad de una persona en una relación social, en una ocasión determinada. Conforme

con este entendimiento habría que decir entonces que el poder negocial, el poder en una negociación, consiste en la probabilidad de imponer a la otra parte el acuerdo-decisión deseado; y que cualquier recurso funcional para este fin es un fragmento de poder negocial. Naturalmente esto es así. Si se recuerda, el ejemplo que pusimos d*el ex* que tenía mala conciencia y de *la ex* despechada ilustra bien lo que expresan estas dos ideas de Weber. El enfado de *la ex* la llevaba a usar la mala conciencia d*el ex* para imponerse; y la mala conciencia d*el ex* le llevaba a allanarse a las pretensiones rencorosas de *la ex*. La mala conciencia de una parte se convierte así en el recurso de poder más importante al alcance de la otra parte. Pero, en realidad, hemos construido este ejemplo para ilustrar los acuerdos mal debatidos. ¿Por qué se trataba de un acuerdo mal debatido? Porque el debate no había sido temático, había sido netamente actoral. El protagonismo desmesurado de los deseos, las pasiones, de los actores les habían llevado a sacrificar sus «verdaderos» intereses. El deseo de recuperar el estado de gracia había llevado a*l ex* a aceptar un acuerdo totalmente desequilibrado y atentatorio contra sus intereses. Y el rencor de *la ex* la había llevado a ignorar un principio básico relativo a la calidad de los acuerdos-decisión: los acuerdos no solo hay que firmarlos, hay también que cumplirlos; y el acuerdo en cuestión estaba llamado a ser denunciado o incumplido tan pronto como *el ex* recuperara el ánimo. El rencor (el enfado de *la ex*) y el anhelo de recuperar el estado de gracia (la mala conciencia d*el ex*) se anteponen a un juicio ponderado de las respectivas conveniencias. Las pasiones de los actores se sobreponen a sus intereses; violando, de este modo, un componente esencial de la racionalidad práctica: el control de las pasiones.

Es evidente, pues, que en una ocasión concreta y ante un sujeto determinado, todo aquello que resulta funcional a la imposición es un recurso de poder. Eso es indiscutible. Ahora bien, hay un cierto consenso entre los teóricos de la negociación en encerrar el concepto de poder negocial en términos de una negociación relativamente bien llevada y bien analizada. En este sentido, suele considerarse que el poder negocial es una variable dependiente de las alternativas que tienen las partes a un acuerdo negociado[17]. Es decir, quien tiene la mejor alternativa al acuerdo negociado es quien tiene el poder, el control, de la referida negociación. ¿En qué se traduce eso? En lo siguiente: tiene el poder negocial quien puede recurrir con sentido a la amenaza de la ruptura de la negociación. En

17. En *Getting to Yes*, Fisher, Ury y Patton recurren al acrónimo BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*). En español se han consolidado los acrónimos MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) y PAAN (Peor Alternativa a un Acuerdo Negociado).

otras palabras, tiene el poder negocial quien puede (le es posible) amenazar de manera creíble con abandonar la mesa de negociación y renunciar al objetivo de alcanzar un acuerdo negociado.

## 10. RECAPITULACIÓN

1. La proximidad entre «argumentar» y «negociar» se percibe cuando se mira ambas actividades a través del prisma de la relación social y se observa que tanto la una como la otra están orientadas a *(con)vencer* a otro(s). Las nociones clave son, pues, las de «relación social» y «acuerdo».

2. En el contexto de la argumentación y de la negociación, la palabra «*acuerdo*» resulta ambigua. Puede usarse para referirse tanto a los *acuerdos-decisión* (acordar) como a los *acuerdos-adhesión* (estar de acuerdo).
2.1. Los *acuerdos-decisión* se adoptan (generalmente votando) o se alcanzan (generalmente prestando consentimiento, pactando). Los acuerdos-decisión son, pues, *acciones colectivas* cuyo sentido es tomar una decisión, una *decisión colectiva*. Es decir, son acciones cuyo sentido es conformar un juicio definitivo cerrando un proceso deliberativo, un debate. En este sentido, los acuerdos-decisión muestran una conexión esencial, por un lado, con la voluntad de los sujetos que participan en la decisión colectiva (acordar es necesariamente una acción intencional) y, por otro, con debatir, con deliberar en forma colectiva (pues el sentido de decidir es cerrar un proceso deliberativo).
2.2. Los *acuerdos-adhesión* tienen que ver con *estar de acuerdo*, con concurrir en la misma creencia u opinión. Por ello, los acuerdos-adhesión no presuponen ninguna acción colectiva ni institucional. Se puede estar de acuerdo en un plano meramente intelectivo o discursivo.

3. La *negociación* es una actividad en la que intervienen varios sujetos y que está orientada a alcanzar un acuerdo-decisión, cuyo contenido es un intercambio.
3.1. Las negociaciones se desarrollan a lo largo de un periodo de tiempo (por ello constituyen una actividad o un proceso) y, en consecuencia, tienen un comienzo, un desarrollo y un final.
3.2. El *desarrollo* y el *final* de las negociaciones tienen una forma relativamente clara y precisa. Ello hace que tanto uno como otro resulten fácilmente identificables. Por el contrario, el *comienzo* de las negociaciones es mucho más informe.
3.3. En relación con el *desarrollo* de una negociación, la cuestión está clara: la clave para identificar el nudo radica en observar que el sentido

de los movimientos de los diferentes actores (participantes) es el de alcanzar un «acuerdo-decisión».
3.4. Las negociaciones *finalizan* básicamente de dos formas.
3.4.1. La primera forma es la *frustración* de la negociación. Cuando alguno(s) de los participantes abandonan por completo el objetivo de alcanzar un acuerdo-decisión, entonces la negociación se acaba, se extingue. Quien abandona el objetivo del acuerdo deja de negociar. Otra cosa es el fenómeno de la simulación tanto del interés como del desinterés en el acuerdo.
3.4.2. La segunda forma de finalizar una negociación es *alcanzando* un acuerdo-decisión. Es el supuesto «final feliz» de las negociaciones. Respecto de este punto conviene dejar claras tres cosas.
3.4.2.1. La negociación es el *proceso* orientado a alcanzar un acuerdo-decisión; y, en este sentido, el acuerdo-decisión marca el final de la misma.
3.4.2.2. La negociación es el *debate* entre las partes negociadoras. En este debate cada parte trata de aclarar si los acuerdos que le resultan *convenientes* son *posibles* y si los acuerdos *posibles* le resultan *convenientes* o no. Este debate tiene componentes cognitivos (conocer las preferencias/pretensiones de la contraparte) y persuasivos (modificar las preferencias/pretensiones de la contraparte).
3.4.2.3. En general, pensamos que la calidad de una decisión está estrechamente vinculada a la calidad de la deliberación que la precede. Esto que nos parece una obviedad para las decisiones individuales también es válido para las decisiones colectivas: la *calidad* de una *decisión colectiva* está estrechamente vinculada a la *calidad del debate* (la deliberación colectiva) que la precede. Por ejemplo, un acuerdo-decisión que es el resultado de una pura imposición y/o presión psicológica es peor que el que es el resultado de una adhesión por convicción y/o por conveniencia.
3.4.2.4. Los acuerdos-decisión presuponen siempre un cierto *marco institucional*. Y dado que todas las acciones institucionales tienen una forma convencionalmente predeterminada, el acuerdo-decisión, el «final feliz» de las negociaciones, siempre tiene una forma «predeterminada» (por ejemplo, un apretón de manos).
3.5. La idea de que un acuerdo-decisión presupone necesariamente un *marco normativo-institucional* remite a un conjunto de *reglas* que establecen la *función* de los distintos tipos acuerdos-decisión, la *forma* de producirlos, las *consecuencias* de haberlos producido, etc. Estos marcos institucionales sirven para canalizar tanto el conflicto como la cooperación en las relaciones sociales. Este es, sin duda, el caso del marco institucional de la negociación.
3.5.1. En consecuencia, la negociación recorre necesariamente la banda *conflicto-cooperación*. Lo que ubica una negociación fundamentalmente

en el dominio de la cooperación o en el del conflicto es la percepción que tienen los negociadores a propósito del carácter compatible o incompatible de sus respectivos objetivos.
3.5.2. Por eso, la negociación no es un modo diferenciado de debatir en el sentido de «un tipo ideal de debate» construido a partir de la variable conflicto/cooperación. Más bien, la *negociación* es el debate que tiene lugar en el marco institucional «creado» para alcanzar acuerdos-decisión.
3.5.3. En una negociación, en el debate negocial, caben tanto los modos conflictivos de debate (las *disputas* y las *controversias*) como los modos cooperativos (el *diálogo racional* y el *consenso*). Que quepan todas estas formas de debate no quiere decir que todas ellas sean igualmente típicas y apropiadas para alcanzar buenos resultados negociales.
3.5.4. En general, en la fase central de una negociación bien llevada, los dos agentes se mueven entre la controversia (forma temática y conflictiva de debate) y el diálogo racional (forma temática y cooperativa de debate). El *debate negocial típico* (y apropiado) consiste en ir precisando los desacuerdos (controversia) y en tratar de encontrar criterios adecuados (correctos, intersubjetivamente convenientes, etc.) para superar dichos desacuerdos (diálogo racional).
3.5.5. En muchas ocasiones, la disputa y el consenso, si bien no son formas «apropiadas» de debatir un buen acuerdo-decisión, operan como *formas de entrada* y *de salida* en las negociaciones.

4. La alternativa entre la «*negociación posicional*» y la «*negociación basada en los principios y en las circunstancias*», trazada por Fisher, Ury y Patton a propósito de la cuestión de cómo negociar, encaja perfectamente con lo que se acaba de decir.
4.1. Las características de la llamada «*negociación posicional*», con su alternativa «*negociador duro/negociador blando*», son traducibles en términos de la visión del debate negocial como un debate actoral. El negociador duro es transportable a la figura del «combatiente» en una disputa (debate actoral y conflictivo); y el negociador blando, a la figura de un benevolente hacedor de consensos (debate actoral y cooperativo).
4.2. Por el contrario, la concepción de los negociadores como *solventadores de problemas* y de la negociación basada en principios y en las circunstancias, encaja con (es traducible en términos de) un debate negocial que se mueve entre la controversia y el diálogo racional.
4.3. Hay tres tópicos sobre la negociación que la concepción posicional tiende a exagerar y a exacerbar. Como consecuencia de ello se comete la falacia de extender al todo lo que en realidad es una característica de una parte. Estos tres tópicos que con gran frecuencia llevan a cometer *falacias*

sobre *la negociación* son: *a*) el buen negociador, el negociador racional, es un maximizador estrictamente egoísta; *b*) la conducta negocial racional es meramente estratégica; y *c*) en la negociación, lo importante son los movimientos, nunca los argumentos.

5. Hay una conexión esencial entre la *calidad* del *debate negocial* y la *calidad* del *acuerdo-decisión* alcanzado tras una negociación. El paradigma del fracaso en el debate negocial es el caso en que habiendo acuerdos posibles (es decir, acuerdos a los que las dos partes hubieran prestado su consentimiento), la dinámica del debate no permite que esa información aflore, no permite que los actores evalúen la conveniencia o no de esos acuerdos posibles.

6. Las *amenazas* y las *ofertas* juegan su papel dentro del *debate negocial*.
6.1. Tanto quien amenaza como quien ofrece hace dos cosas: por un lado, da a conocer a la contraparte lo que desea obtener de ella; y, por otro, trata de persuadirla de que le dé lo que desea; y lo hace precisamente convirtiendo la propia acción en una razón para que la contraparte actúe en el sentido deseado.
6.2. En las amenazas, la acción con la que se amenaza va en contra de los intereses del amenazado; le *daña*, le perjudica. En las ofertas, la acción del ofertante va en favor de los intereses de la contraparte; le *beneficia*.
6.3. Quien amenaza acentúa la dimensión conflictual de la relación; quien ofrece acentúa la dimensión cooperativa de la relación.
6.4. Las estructuras tanto de las amenazas como de las ofertas son las dos siguientes:

1. Si no haces Y, yo haré X.
2. Si haces Y, yo no haré X.

1. Si haces Y, yo haré X.
2. Si no haces Y, yo no haré X.

6.5. Hay *amenazas* que son netamente *actorales*. Su finalidad no es ajustar un intercambio, sino imponerse a la contraparte. La mejor manera de detectar una amenaza actoral es comprobar hasta qué punto representa una fuga del objeto real de conflicto. En términos de negociación, las amenazas actorales presentan los mismos problemas que las formas actorales de debate. Si estas amenazas resultan exitosas, suelen producir el efecto de generar acuerdos desequilibrados. También hay *ofertas actorales* que se parecen más a una compra de voluntades que a una propuesta de intercambio.

6.6. Las *amenazas* que son expresión del *poder de intercambio* que tiene cada una de las partes no son más que puros fragmentos de debate negocial ordinario. En este sentido, nunca hay que olvidar que una de las partes, en función del poder negocial que tiene, cuenta con el recurso de abandonar la negociación, con dejar de negociar; es decir, cuenta con la *amenaza* de levantarse de la mesa de negociación.

7. Quien convierte cualquier objeto *real* de conflicto en una cuestión de honor, de culpa, de dignidad, de moralidad, etc., está haciendo una de estas dos cosas: o bien está convirtiendo la cuestión en *innegociable*, la lleva al terreno de lo innegociable (los principios son precisamente expresión de lo que no se negocia); o bien está tratando de *imponerse*, de constituirse en un negociador duro que busca su imposición sobre la contraparte.

# Capítulo IV

# SOBRE LA MEDIACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN. SOBRE MEDIACIÓN Y DERECHO

En el mundo jurídico se está viviendo un auténtico *boom* de la mediación. La mediación aparece en el centro de casi todas las soluciones (remedios) que se proponen a los llamados males estructurales de la jurisdicción. Se confía tanto en la *mediación prejurisdiccional* como en la *mediación intrajurisdiccional*. La mediación prejurisdiccional, que puede ser estrictamente voluntaria (dos sujetos recurren voluntariamente a los servicios de un mediador para evitar acudir a la jurisdicción) o forzada por medidas establecidas en las normas procesales de un determinado sistema jurídico (por ejemplo, imponiéndola como condición necesaria para poder demandar ante la jurisdicción, o condenando en costas a quien no la haya instanciado, o a quien la haya rechazado), se considera un mecanismo idóneo para alcanzar el objetivo de la *desjudicialización* de muchos conflictos. En este sentido, la mediación prejurisdiccional es vista como uno de los grandes remedios para enfrentar el problema de la saturación de la jurisdicción; es considerada uno de los instrumentos aptos para reducir las cifras de casos que llegan a la jurisdicción. La otra mediación, la mediación intrajurisdiccional, que también puede ser voluntaria u ordenada por el juez, se considera un mecanismo adecuado, eficaz, para resolver los conflictos emocionales y de todo tipo que el proceso judicial no es capaz de gestionar de manera satisfactoria debido a su excesiva burocratización. En este sentido, la mediación intrajurisdiccional es vista como un remedio no tanto para la desmesurada cantidad de asuntos que llegan a la jurisdicción cuanto al problema de la excesiva rigidez del proceso judicial. Se piensa que el proceso, al estar tan formalizado —burocratizado— y tener una estructura netamente contenciosa

presenta graves deficiencias que lo hacen inidóneo para la resolución de algunos aspectos de los conflictos; deficiencias que la mediación puede contribuir a superar.

Ahora bien, este *boom* contrasta con la aparente ajenidad que la mediación parece mostrar en relación con nuestra cultura jurídica; parece que la mediación no fuera cosa de juristas, en general, y menos aún de abogados, en particular. En efecto, si tomamos en consideración la negociación, la mediación y el arbitraje, que son los tres grandes «métodos alternativos de resolución de conflictos», es fácil comprobar que la negociación y el arbitraje tienen aparentemente mucho más arraigo que la mediación. En relación con la negociación la cuestión es clara: todos los abogados asumen que negociar en nombre y representación de su cliente es uno de sus roles profesionales centrales; y que la negociación como alternativa a la jurisdicción es una de tantas opciones estratégicas que el abogado tiene a su disposición. Con el arbitraje ocurre otro tanto. Un abogado puede acudir al arbitraje con más o menos frecuencia, pero no lo ve como algo extraño a su profesión; lo contempla como una opción estratégica más dentro de su rol profesional de litigante. Que su actuación se desarrolle ante un juez o ante un árbitro puede afectar al modo de litigar, al cómo hacerlo, pero no a la naturaleza de su rol, de su rol de litigante. En definitiva, la negociación y el arbitraje como «métodos alternativos de resolución de conflictos» no resultan en absoluto extraños a los roles tradicionales del abogado; son métodos alternativos a la jurisdicción pero no a los roles que tradicionalmente han venido asumiendo los abogados: un abogado es (y ha sido siempre) un *negociador* y un *litigante* que actúa en nombre y representación de su cliente; y, en este sentido, ni la negociación ni el arbitraje, como procedimientos alternativos a la jurisdicción, ponen en cuestión estos roles esenciales de la profesión de abogado.

¿Ocurre lo mismo con la mediación? Veámoslo con cierto detenimiento. Muchos abogados observan con recelo el referido *boom* de la mediación porque piensan que el papel del mediador actúa estrictamente en contra del papel que tradicionalmente vienen asumiendo los abogados, el papel de negociador y el de litigante. En efecto, ¿qué sentido tiene —se preguntan muchos abogados y con razón— que un profesional de la negociación, como es el caso, tenga que negociar con un «mediador de por medio»? La mera imagen de negociar con un mediador «en medio» les genera horror; y no solo porque el mediador pueda interponerse entre él y la otra parte, sino sobre todo, entre él y su cliente. ¿En qué queda el papel del abogado si un mediador puede dirigirse directamente a su cliente invitándole a que modifique en algún extremo sus posiciones

negociales? Por otro lado, la intervención de un mediador atenta directamente contra el rol de litigante del abogado. La razón es bien clara: todo conflicto mediado satisfactoriamente, es decir, resuelto por la intervención de un mediador, es un conflicto no litigado. En definitiva, muchos abogados recelan de la mediación porque piensan que empequeñece el rol del abogado: en cuanto negociador, la mediación merma su protagonismo; y en cuanto litigante, la mediación actúa estrictamente en su contra, pues le resta litigios. Repito, muchos abogados recelan de la intervención de mediadores, de facilitadores de acuerdos, porque piensan que deprecia el rol profesional y tradicional del abogado. Pero ¿estamos seguros de ello? ¿Es cierto que hay una oposición tan fuerte entre mediación y abogacía?

Depende de cómo se entiendan el papel del mediador y el del abogado. Lo primero que hay que resaltar al respecto es que, más allá de la moda actual de la mediación, el rol de «facilitador de acuerdos» ha sido tradicionalmente asumido por los abogados. Cambian los nombres, los momentos, los procedimientos y las circunstancias, pero el rol del facilitador de acuerdos tiene —repito— una honda tradición dentro de la abogacía y, en este sentido, no sería cierto que se diera la pretendida incompatibilidad o tensión entre abogacía y mediación. Para ilustrarlo con claridad, consideremos la siguiente situación bien cotidiana. Dos hermanas —Clarita y Raquel— suceden a su madre y tienen que proceder al reparto de la herencia. El volumen de la herencia y la variedad de los bienes que incluye hacen que el reparto no sea una operación sencilla. Las dos hermanas abordan la cuestión de cómo proceder y mantienen entre ellas la siguiente conversación:

—Me alegro de que nos llevemos tan bien. Conozco a muchos hermanos que han dejado de hablarse por conflictos de herencias —dice Clarita.

—Confío en que eso no nos ocurra a nosotras —contesta Raquel—. Pero estoy segura de que muchos de esos hermanos que dejaron de hablarse por peleas de herencia se querían tanto como nosotras ahora.

—Vale. Pero a nosotras no nos va a pasar —insiste Clarita.

—Mira, la partición de herencias es un juego de alto riesgo en el que cualquier desavenencia o malentendido circunstancial puede hacer saltar una chispa que acabe incendiándolo todo —aclara Raquel.

—Puede que tengas razón. Mira que si no superamos la prueba y acabamos peleadas como tantos otros hermanos... —concede Clarita.

—Una idea: ¿por qué no recurrimos a don Gumersindo —el abogado de nuestra madre— y le pedimos que nos asesore a propósito del reparto de la herencia?

—Me parece muy bien pensado. Mañana a primera hora le llamamos.

Como consecuencia de su reflexión, las dos hermanas acuden a don Gumersindo con la finalidad de que las ayude a gestionar el proceso de reparto. Es decir, las dos hermanas acuden al mismo abogado para que las asesore en esa difícil y «peligrosa» tarea. En realidad, este papel del abogado no es en absoluto extraño a nuestra cultura jurídica y no constituye ninguna novedad; más bien, resulta muy tradicional, muy propio del «abogado de la familia». A la vista de este ejemplo surge inmediatamente la pregunta por la mediación: en su tarea de asesoramiento, ¿don Gumersindo estará mediando entre las dos hermanas? Aplacemos algo la respuesta. Lo que me interesa enfatizar ahora es el hecho de que el abogado jugará, sin duda, el papel de un «facilitador de acuerdos», actuará como facilitador del acuerdo de reparto de la herencia. Y en tanto que facilitador realizará acciones tales como escuchar las pretensiones de cada una de las hermanas, canalizar la comunicación entre ellas, evitar que el debate sobre el reparto desborde ciertos límites emocionales, proponer criterios de valoración de los diferentes bienes, hacer propuestas de lotes, controlar que la distribución sea equitativa, redactar el documento en el que debe quedar reflejado el acuerdo de reparto, etc. Este papel del abogado no resulta —insisto— en absoluto novedoso, sino más bien muy tradicional; se enmarca dentro de lo que, desde siempre, se llamaron funciones de asesoramiento de los abogados. De nuevo, la misma pregunta de antes: ¿desempeñar la referida tarea de facilitación del acuerdo convierte a don Gumersindo en un mediador?

«Depende. ¿De qué depende?». De cómo conceptuemos la mediación. Si ponemos el acento en el hecho de que para que haya mediación tienen que haberse constituido dos partes en conflicto, entonces la respuesta es bien sencilla: las dos hermanas no están constituidas en partes de un conflicto y, en consecuencia, don Gumersindo no está mediando entre ellas. La mediación, tal y como generalmente se conceptúa en el mundo jurídico, presupone la previa constitución de los sujetos en partes de un conflicto. Don Gumersindo estará asesorando, aconsejando, apoyando a las hermanas, pero no mediando entre ellas. Ahora bien, si en lugar de poner el acento en el hecho de que los sujetos se hayan constituido ya en partes de un conflicto, como haría una concepción meramente «prejurisdiccional» de la mediación, lo ponemos en que el rol esencial de un mediador es el de actuar como un facilitador de acuerdos, entonces la cosa cambia bastante. En el caso de las dos hermanas, por ejemplo, resulta innegable que muchas de las actividades que va a emprender don Gumersindo en su tarea de facilitador de acuerdos se parecerán mucho a las propias de un mediador. ¿Por qué? Pues porque, bien mirado, un mediador no es más que un facilitador de acuerdos. Y, en este sentido,

imponer restricciones conceptuales vinculadas a la noción de sujetos constituidos en partes de un conflicto, en general, y de un conflicto prejurisdiccional, en particular, en nada contribuye a entender adecuadamente el papel de un facilitador de acuerdos, de un mediador.

En este punto conviene llamar la atención sobre una cuestión recurrente en este libro. El estudio de la negociación y de la mediación desde la perspectiva de los llamados métodos de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción ha llevado a conceptualizarlas de manera un tanto sesgada. Se da por descontado que el punto de partida es siempre una situación en la que los sujetos participantes están ya constituidos en partes de un conflicto, en partes que están dispuestas a acudir a la jurisdicción. Los métodos alternativos son, en este sentido, alternativos a la jurisdicción. Esta forma de mirar la negociación y la mediación genera una imagen un tanto distorsionada de las mismas, pues tiende a presentarlas como colonizadas por la imagen de partes de un conflicto jurisdiccional. Cuando, en realidad, su ámbito es mucho mayor y no queda en absoluto reducido a ese marco. En el capítulo anterior traté de mostrar este sesgo respecto de la negociación. Una de las tesis centrales sostenidas en él ha sido que del hecho de que la negociación sea un método alternativo de resolución de conflictos no puede inferirse que solo adquiera sentido en contextos estrictamente conflictivos. La negociación es también un mecanismo esencial para la definición de proyectos compartidos. Darse cuenta de ello es fundamental para comprender adecuadamente la dinámica negocial. Solo así pueden entenderse, por un lado, las transiciones de unos modos de debatir a otros dentro del debate negocial y, por otro, la presencia dentro de la negociación de elementos tanto de conflicto como de cooperación.

Algo muy parecido ocurre con la mediación y el rol del «facilitador de acuerdos». El papel de un facilitador de acuerdos tiene pleno sentido no solo cuando dos sujetos se han constituido ya en partes de un conflicto y están dispuestos a acudir a la jurisdicción. También lo tiene en contextos no tan definidos en términos estructurales y conflictuales. Entender bien esto es muy importante porque es fundamental para entender correctamente las relaciones entre mediación y abogacía. En efecto, mirar la mediación únicamente como un trámite preprocesal o prejurisdiccional sugiere la imagen de dos partes provistas de sus respectivos abogados y que están dispuestas para acudir a la jurisdicción, pero que tienen que superar el *trámite* previo de la mediación. Esta imagen no es en absoluto satisfactoria porque o bien acaba desdibujando el papel del abogado, o bien acaba desdibujando el papel del mediador. La figura de un abogado de parte actuando *ante* un mediador no resulta especialmente interesante ni tampoco relevante. Por el contrario, el papel de un abogado actuando

*como* mediador entre partes sí lo es, y mucho. En mi opinión, a la hora de conceptualizar el papel de un mediador es mucho más importante acentuar su rol de facilitador de acuerdos que el dato estructural de que los sujetos que acuden a él sean dos partes dispuestas ya a acudir a la jurisdicción. Hay una cierta tendencia terminológica a llamar mediación únicamente la facilitación de acuerdos entre personas que se han constituido ya en partes de un conflicto y que se muestran dispuestas a acudir a la jurisdicción; y a llamar asesoría, consejo, apoyo y, últimamente, *coaching* a la facilitación de acuerdos entre personas que pueden tener sus dificultades, pero que no han dado todavía esos pasos. En cualquier caso, más allá de la estipulación que se haga, la tarea de un facilitador de acuerdos transita siempre entre la estricta mediación (vista como pura gestión del conflicto) y la asesoría conjunta[1].

En este capítulo me propongo desentrañar algunas claves de lo que he llamado «el arte de la mediación»; es decir, algunas claves a partir de las cuales pueden emitirse juicios relativos a una «buena mediación». Ello supondrá centrarse sobre todo en el rol del «facilitador de acuerdos». Ahora bien, hay dos tipos de discursos muy comunes cuando se habla de mediación que deliberadamente voy a tratar de evitar porque constituyen deformaciones; uno de ellos peca por exceso y el otro, por defecto. El primero de estos discursos por evitar es el que podríamos llamar «ideológico-propagandístico»; el segundo, es el «burocrático-formalista». En efecto, en la literatura relativa a los métodos alternativos de resolución de conflictos, en general, y de la mediación, en particular, hay mucha propaganda. Propaganda en favor de los referidos métodos frente a la jurisdicción. Esta propaganda, fácilmente reconocible, se articula en torno a los siguientes tópicos: la jurisdicción es coacción, la mediación es voluntaria; la jurisdicción es rígida, la mediación es flexible; la jurisdicción es burocracia, la mediación es eficacia; la jurisdicción es lenta, la mediación es rápida y eficiente; etc. El sesgo ideológico resulta patente porque detrás no hay más que una suerte de historieta de «buenos y malos»: la jurisdicción es Estado («el malo») y la mediación es sociedad civil («la buena»). Este tipo de discursos, muy en sintonía con el embate

1. Esta combinación de roles está en la senda de la concepción del jurista que se tiene desde el movimiento del llamado «Derecho colaborativo» (*Collaborative Law*) que tanto impacto ha tenido en el Derecho de Familia (S. G. Webb y R. D. Ousky, *The Collaborative Way to Divorce. The Revolutionary Method that Results in Less Stress, Lower Costs, and Happier Kids – Without Going to Court*, Plume, Nueva York, 2007). Desde esta concepción, en general, el jurista pasa de ser un actor relevante en un proceso contencioso a ser un actor relevante en un proceso colaborativo.

antiestatalista del neoliberalismo, son pura propaganda, pura ideología en el peor sentido de la expresión[2]. Aquí no pretendo siquiera enfrentarlo; lo descarto de raíz por dos razones. La primera es que ese discurso carece de interés. El discurso interesante tiene que vincular tipos de casos y/o de conflictos con tipos de métodos de resolución. Hay casos que solo pueden ser abordados por la jurisdicción y casos en los que la jurisdicción solo puede empeorar las cosas. Pero optar en abstracto por un método u otro es escapar de la realidad. La segunda es que mi propósito no es esclarecer «la bondad *de* la mediación» sino la «bondad *en* la mediación»; y, en este sentido, el discurso que santifica la mediación constituye un verdadero obstáculo para alcanzar dicho objetivo.

Si el discurso ideológico peca por exceso, el discurso burocrático-formalista peca por defecto. Reduce la mediación a definiciones legales, procedimientos, fases, agencias de mediación, registro de mediadores, actas de acuerdo o de imposibilidad de acuerdo, la titulación requerida para ejercer de mediador, a minutas, a las tantas leyes autonómicas sobre mediación familiar, etc. Este discurso, aparentemente muy sólido porque se parapeta tras una pretendida objetividad, resulta por completo inútil para entender en qué consiste una buena mediación, para determinar dónde radica la calidad de una mediación. Un peligro bien real de la emergente mediación en España es su desvirtuación burocrática, su conversión en un mero requisito preprocesal que hay que satisfacer (y costear) antes de litigar, antes de acudir a la jurisdicción. El acento no debe ponerse, pues, en esas instancias, sino en el cambio de mentalidad y de cultura jurídica que exigen esas instancias para resultar verdaderamente funcionales.

Adentrémonos, pues, en el arte de la mediación, de la facilitación de acuerdos, huyendo de la mera ideología y de la pura contingencia.

## 2. EL SENTIDO DE LA MEDIACIÓN

Empecemos introduciendo una primera restricción a la idea de mediación: dos actores plenamente *racionales* no necesitan de la intervención de ningún mediador. En efecto, dos sujetos, cualquiera que sea la gravedad o la radicalidad de la situación en la que se hallen envueltos, si son plenamente conscientes respecto de qué les conviene hacer y tienen

2. Los embates antiestatalistas del neoliberalismo naturalmente han afectado al Estado de derecho (y a la concepción del mismo). En este sentido y dicho en términos un tanto «sentenciosos», bien puede afirmarse que la desjudicialización está siendo a la jurisdicción (segundo embate antiestatalista) lo que la desregulación fue a la legislación (primer embate antiestatalista).

la capacidad para hacerlo, no necesitan de la intervención de ningún mediador. Es decir, si dos actores no cometen errores de juicio[3] (esto es, no necesitan asesoramiento) y tampoco presentan problemas de debilidad de la voluntad[4] (no necesitan apoyo práctico), entonces no requieren para nada los servicios de un mediador. Y no los requieren por la sencilla razón de que los dos actores son perfectamente capaces de desarrollar autónomamente un debate negocial adecuado. Si comprendemos bien esta restricción, es fácil comprender también lo que hemos dicho en el epígrafe anterior a propósito del recelo que muchos buenos abogados sienten hacia la intervención de mediadores. Dos abogados que negocian en nombre y representación de sus respectivos clientes, en la medida en que sean buenos profesionales (es decir, competentes y honestos), no necesitan de la intervención de ningún mediador. La relación profesional de los abogados con el caso les permite —supuestamente— desarrollar un debate negocial fructífero sin necesidad de que un tercero intervenga para ordenarlo y/o canalizarlo en ningún sentido.

3. Los errores de juicio están básicamente relacionados con dos tipos de cuestiones. Un primer tipo tiene que ver con problemas de conocimiento del medio en el que se desenvuelve el agente, lo que se traduce en incapacidad del sujeto para conocer los medios requeridos para satisfacer los propios intereses; en incapacidad del agente para definir o concretar la «propia conveniencia». Este aspecto de los errores de juicio se remedia mediante el consejo y el asesoramiento. El segundo tipo de cuestiones tiene que ver con problemas del agente para articular de manera racional sus deseos, sus intereses y los valores; es decir, con la incapacidad del sujeto para componer esos tres tipos de «razones para actuar» sin violar reglas básicas de la racionalidad práctica. Un sujeto plenamente racional es capaz de determinar el ámbito legítimo de sus intereses (de su propia conveniencia); es decir, un ámbito que, por un lado, respeta los valores que permiten distinguir entre intereses legítimos e ilegítimos y que, por otro, no es un mero producto de la compulsión generada por las pasiones, deseos y/o emociones (como el miedo, el enfado, el odio, la avaricia, la mera apetencia, el capricho, etc.) del agente.

4. En términos de racionalidad práctica es muy importante la distinción entre lo que es la formación del juicio (la respuesta a la pregunta de ¿qué debo hacer?) y la formación de la voluntad (hacerlo, traducir el juicio en acción, en conducta). Para mostrarlo con claridad, recurramos al socorrido ejemplo del fumador adicto a la nicotina. Yerra en su juicio aquel fumador que dice: «El tabaco no me perjudica; al contrario, me ayuda a respirar mejor». Quien así se expresa yerra respecto de qué debe hacer. Por el contrario, tiene un problema de voluntad aquel fumador que sabe que lo que debe hacer es dejar de fumar —no yerra en el juicio—, pero que le falta la voluntad necesaria para hacerlo. Una cosa es, pues, formar el juicio práctico y otra formar la voluntad necesaria para llevar dicho juicio práctico a la práctica (a la acción, a la realidad). Pongamos ahora un ejemplo claro en el ámbito de la negociación: tiene un problema de debilidad de la voluntad aquel negociador que sabe que para poder desarrollar el debate negocial, tiene que dejar de llamar «sinvergüenza» a su interlocutor y simplemente no lo hace porque, según dice, «no puede evitarlo»; y, una y otra vez, «pierde los papeles».

De esta primera restricción se extrae cuál es el sentido de la mediación y cuál es el papel de un mediador. La mediación es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial; o, dicho en otras palabras, es una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo. El buen mediador no es, en realidad, un mero partidario de los acuerdos; no es alguien que cree que un mal acuerdo es mejor que un no-acuerdo. El papel del mediador consiste en ayudar a debatir de manera solvente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como forma de resolver el problema en el que dos o más sujetos se hallan involucrados. Un mediador fracasa no cuando las partes no alcanzan un acuerdo, sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada. En este sentido, hay dos situaciones de no-acuerdo que son diferentes entre sí. En ocasiones el no-acuerdo es el resultado de un mal debate negocial; es decir, los sujetos no alcanzan un acuerdo porque en realidad no llegan a debatir de verdad las posibilidades del mismo. El no-acuerdo es el resultado de un déficit de debate, de un déficit de *exploración*. En otras ocasiones, sin embargo, el no-acuerdo es el producto no de un mal debate negocial, sino de la falta de acuerdo. Es decir, tras un debate relativamente aceptable (que no presenta un déficit de exploración manifiesto), los sujetos no se ponen de acuerdo; el no-acuerdo en este caso es el producto de la *falta de acuerdo*, no de la falta de debate negocial. El mediador es —por decirlo de algún modo— «responsable» del primer tipo de situaciones de no-acuerdo, pero no lo es de las segundas. O dicho en otras palabras, la «responsabilidad» del mediador, el deber vinculado a su rol profesional, es más conseguir que las partes debatan correctamente las posibilidades de alcanzar un buen acuerdo que conseguir que de hecho las partes alcancen el acuerdo. Ya sabemos que la realidad es, en muchas ocasiones, gris y que, por tanto, habrá muchas situaciones de no-acuerdo ambiguas, es decir, que no serán encajables en ninguna de las dos alternativas, o que lo serán en ambas simultáneamente. Esto es innegable, pero la distinción conceptual entre ambas situaciones es extraordinariamente importante para alcanzar una cabal comprensión del rol del mediador. Ahora no voy a desarrollar esta cuestión; sin embargo, volveré sobre la misma cuando hagamos referencia a las exigencias derivadas de los principios deontológicos de imparcialidad y de neutralidad aplicados a la mediación. En cualquier caso, es un error pensar que si no hay acuerdo, es siempre debido a que el debate negocial ha sido deficiente. En el caso de una negociación no mediada este error resulta evidente: dos actores pueden desarrollar un debate negocial perfecto en el sentido de

que cada parte puede valorar las diferentes posibilidades de acuerdos y, sin embargo, ambas partes pueden llegar a concluir que ningún acuerdo posible les resulta conveniente. Dos negociadores pueden explorar bien las posibilidades de un acuerdo y, sin embargo, no acordar. Esto, que en términos meramente negociales es una pura obviedad, vale también para las negociaciones mediadas: la falta de acuerdo no está necesariamente vinculada a un déficit de debate negocial.

Si se acepta lo anterior, es decir, que el sentido de la mediación es procurar que las partes desarrollen un buen debate negocial, entonces va de suyo que la mediación tiene que ser estrictamente *voluntaria*; no puede ser obligatoria. Ya sabemos —lo dijimos en el primer párrafo de este capítulo— que las normas procesales de un determinado ordenamiento jurídico pueden «obligar» a la mediación, en el sentido de exigir que la instanciación de la mediación sea un trámite necesario para poder acceder a la jurisdicción; y, naturalmente, si esa es la realidad jurídica de un país, así habrá que describirla: en ese ordenamiento jurídico, la mediación será «obligatoria». Pero ¿en qué quedamos? ¿Tiene que ser voluntaria o puede ser obligatoria? Es obvio que las normas jurídicas de un país pueden «obligar» a realizar el «trámite» de la mediación; pero también lo es que ese «trámite» puede «ventilarse» sin que, en realidad, haya tenido lugar ninguna «genuina» mediación. Someterse a una mediación no es poner el «cuerpo» ante el mediador. Tratemos de explicarlo. Como quedó claro en el capítulo anterior, cuando un sujeto que participa en una negociación abandona por completo el objetivo de alcanzar un acuerdo, decimos que ese sujeto ha dejado de negociar. Podrá seguir en la mesa de negociación, simular que negocia, etc., pero si ha renunciado por completo al objetivo de alcanzar un acuerdo, ese sujeto no estará negociando, sea cual sea su conducta externa. Negociar no es solo una cuestión de conducta externa, requiere una cierta actitud interna: perseguir el objetivo de llegar a un acuerdo o, al menos, no rechazar drásticamente dicho objetivo. Algo muy semejante ocurre con la mediación. Las normas jurídicas pueden obligar a que ciertos sujetos realicen ciertas conductas externas. Por ejemplo, a acudir a un acto de mediación, a simular un debate negocial, a respetar externamente las indicaciones del mediador, etc.; pero no pueden obligar a participar de manera genuina en un debate negocial. La aceptación interna de la mediación por parte de los sujetos —y no solo la adaptación externa de la conducta— es fundamental para que la mediación pueda desarrollarse con éxito. En este sentido, la mediación (el acto de la mediación) o es aceptada internamente por los sujetos (es decir, es voluntaria) o no es mediación en absoluto. Como ocurre con tantas otras instituciones, la conducta meramente ritualista es

aquí también una forma de conducta desviada[5]. Como ya advertí en el apartado anterior, el mayor riesgo al que se enfrenta la incipiente mediación en España es el de su desvirtuación burocrática, el de su conversión en un puro trámite prejurisdiccional[6].

## 3. LOS CONTEXTOS DE ENTRADA A LA MEDIACIÓN

Ya han quedado establecidas una cuantas cosas: 1. El sentido de la mediación es procurar que los sujetos que recurren a ella desarrollen un buen debate negocial; este sentido de la mediación es el que marca la principal responsabilidad del mediador. 2. La controversia (debate conflictivo y temático) y el diálogo racional (debate cooperativo y temático) son formas de debate adecuadas, idóneas, para desarrollar un buen debate negocial. 3. La disputa (debate conflictivo y actoral) y el consenso (debate cooperativo y actoral), si bien en muchas ocasiones operan como formas de entrada (y de salida) al debate negocial, son formas de debate inadecuadas, improductivas, inidóneas para desarrollar un buen debate negocial. Si se aceptan estas tres tesis, entonces va de suyo que una primera tarea del mediador es conseguir que los sujetos que se someten a la mediación transiten de las formas inadecuadas de debate negocial a las formas adecuadas. Es decir, desde la disputa y el consenso hacia la controversia y el diálogo racional.

Empecemos por el tránsito del consenso (entendido —repito una vez más— como forma de debate y no como resultado de un debate) al diálogo negocial adecuado y retomemos el ejemplo de Raquel, Clarita y don

5. Como es sabido, Robert K. Merton clasificaba en cinco formas diferentes la adaptación de los individuos a los grupos sociales y a sus instituciones. El ritualismo es una forma de conducta desviada y se caracteriza por el rechazo de los fines definidos culturalmente (*cultural goals*) y la aceptación de los medios institucionales ofrecidos. Cf. R. K. Merton, «Social Structure and Anomie»: *American Sociological Review*, 3/5 (1938), pp. 676 ss. Es decir, se acepta el medio y se rechaza el fin. Se acata el acto de mediación, pero no se persigue el fin de debatir las posibilidades de un acuerdo negociado. La situación es idéntica a tantísimas otras situaciones que también pueden ser calificadas de ritualistas. Por ejemplo, se acepta el medio de ir a clase (se adapta la conducta externa) y, sin embargo, no se acepta, no se persigue el fin socialmente definido de aprender una determinada materia: asistir a clase no es solo conducta externa (poner un cuerpo en el aula), sino también aceptar el objetivo de aprender (aspecto interno de la acción).

6. Debe quedar claro que no estoy haciendo ningún pronóstico, sino que hablo simplemente de riesgo, de probabilidad. Lo que me importa resaltar es que para poner en marcha instituciones como la mediación en España, es necesario un cambio de mentalidad y de cultura jurídica, porque si ese cambio no ocurre, se corre el riesgo de que suceda con la «incipiente mediación» lo mismo que ocurrió con la «vieja conciliación».

Gumersindo. ¿Por qué las dos hermanas no enfrentan directamente el debate negocial? ¿Qué puede impedirles abordar directamente la discusión sobre la partición de la herencia? ¿Por qué si se «quieren tanto» y por nada del mundo están dispuestas a romper entre ellas necesitan recurrir a don Gumersindo? Precisamente por ello. No es difícil conjeturar de dónde provienen sus dificultades: lo que atenaza a las dos hermanas probablemente es el miedo, el miedo a la *controversia*. A que la controversia sobre la partición de la herencia derive en una disputa entre ellas. En efecto, es muy común que en relaciones sociales presididas por un fuerte componente afectivo y en las que se da una unidad de fines muy intensa que transciende a una situación meramente contextual se viva (se experimente) la aparición de la controversia como una situación de alto riesgo. Es relativamente común pensar que «se entra por la puerta de la controversia y se acaba inexorablemente saliendo por la de la disputa»[7]. En nuestro caso, el miedo que padecen Raquel y Clarita y que les impide debatir de forma adecuada se traduce en que piensan que si una de ellas formula, por ejemplo, un «yo quisiera quedarme con la casa de la playa», entonces puede romperse el ambiente armónico existente y puede ocurrir que la otra hermana responda con un desabrido «¡caramba con mi hermanita! Yo también quiero quedarme con la casa de la playa». En general, el miedo es a que al dar el paso de fijar posiciones temáticas u objetuales, se esté dando entrada a las disputas actorales, a los enfrentamientos personales. Este tipo de miedos son muy comunes en ámbitos dominados por relaciones afectivas muy intensas. La presencia de los afectos, en muchas ocasiones, en lugar de operar como un factor que facilita la gestión de la controversia, opera al revés, como un factor que la dificulta. Este miedo lleva con gran frecuencia a la inacción y a la parálisis. La fórmula que Clarita y Raquel encuentran para conjurarlo es acudir a don Gumersindo; acudir al abogado de la familia para que actúe como mediador. La tarea de don Gumersindo será crear el marco de interlocución adecuado para que las dos hermanas puedan debatir a propósito de sus respectivas expectativas sobre la herencia sin que ello produzca el deterioro de la excelente relación fraternal que mantienen entre sí. Naturalmente, si las dos hermanas fueran plenamente racionales, es decir, si fueran capaces, por un lado, de componer respectivamente su propia conveniencia y de expresársela recíprocamente y, por otro, de mantener controladas sus propias reacciones afectivas y emocionales, no necesitarían

7. Si se analiza mínimamente este razonamiento, es fácil comprobar que, así expresado, incurre en la llamada «falacia de la pendiente resbaladiza». El componente falaz estriba en establecer una conexión «inevitable» o «inexorable» entre controversia y disputa.

para nada de la intervención de don Gumersindo, pues podrían entablar autónomamente el correspondiente debate negocial de forma adecuada. El reconocimiento de sus propias «dificultades» para debatir explica y justifica que acudan al abogado, al mediador. Las dos hermanas no buscan solo, ni mucho menos, una asesoría de tipo técnico (de medios/fines), del tipo de «¿cómo hacemos para pagar menos impuestos?», por ejemplo; sino que más bien demandan una suerte de orientación práctica que les permita superar las «dificultades» de comunicación que tienen entre ellas. Las dos hermanas no necesitan solo ni fundamentalmente *asesoramiento técnico*, demandan *orientación práctica*. La diferencia es de matiz, pero es muy relevante para entender en qué consiste una buena mediación. La idea de contribución técnica pone el acento más en el conocimiento implicado que en la virtud o disposición del sujeto (del técnico) que lo implementa; mientras que en la orientación práctica se invierte la referida acentuación: el acento está puesto en la virtud o disposición del sujeto más que en el conocimiento implicado. Por eso, como trataré de mostrar al final del libro, es mejor referirse a la mediación como un *arte* que como una *técnica*.

Naturalmente, la situación de las dos hermanas es totalmente diferente de la de los dos profesionales de éxito que pretendían fundir sus respectivos bufetes que referimos en el capítulo anterior. Si se recuerda, en ese caso, la negociación debía transitar también del consenso (como forma de debate prenegocial) hacia las formas negociales idóneas y productivas. Pero nada de lo que allí expusimos llevaba a pensar que los profesionales en cuestión pudieran necesitar la asistencia de un mediador. Sí es posible, sin embargo, que los dos profesionales requirieran asesoramiento «técnico» relativo a cómo conseguir lo que ambos profesionales desean o pretenden (es decir, qué medios utilizar para alcanzar los fines que ambos persiguen). Pero esta demanda nada tiene que ver con el tipo de necesidades de orientación práctica que presentaban Clarita y Raquel. Los dos casos tienen en común que para conseguir los objetivos que los actores persiguen (partir la herencia, en un caso, y fundir los respectivos bufetes profesionales, en otro), deben transitar desde el consenso hacia las formas de debate idóneas para desarrollar un buen debate negocial. La diferencia entre ellos radica en que mientras que las dos hermanas tienen dificultades para operar dicha transición (las atenaza el miedo a que la controversia degenere en disputa), los dos profesionales no parecen tener dificultad alguna para pasar de debatir el «mundo que tenemos (tienen) por ganar» a la cuestión de «cómo nos distribuimos los costes y los beneficios de la fusión de los dos bufetes». En ambos casos es posible que los actores necesiten ayuda de tipo técnico, pero las dos hermanas acuden a

don Gumersindo en demanda de algo más que asesoramiento técnico; en realidad, acuden a él en demanda de orientación práctica. No se trata tanto de que don Gumersindo las ayude a repartir la herencia cuanto que las ayude a «debatir» la cuestión de cómo partir la herencia.

Pasemos al otro extremo, a las situaciones de conflicto manifiesto. El primer contexto que justifica solicitar los servicios de un mediador es el de aquellas situaciones de conflicto en las que uno de los actores ha retirado la palabra al otro. En estas condiciones tiene pleno sentido el recurso a un mediador para que, como primer paso, cree no ya un marco de interlocución idóneo, sino un mero marco de interlocución. Nótese que estas situaciones en las que un actor ha retirado la palabra al otro suelen provenir de rupturas que han tenido lugar en contextos de alta complicidad y unidad de fines, en contextos en los que la forma ordinaria de comunicación no era en absoluto conflictiva. La razón por la que se retira la palabra es casi siempre un reproche que tiene que ver con una traición vinculada con una relación especial entre los sujetos. «Esto no se le hace a...» un amigo, un hermano, un socio, un colega, un hijo, una pareja, etc. Esta situación es, por ejemplo, la que trataban de prevenir Raquel y Clarita. Todas estas situaciones se caracterizan porque provienen de «relaciones especiales», de relaciones que están controladas por los llamados «deberes especiales» (deberes vinculados a la identidad del beneficiario). El incumplimiento de estos deberes por parte de uno de los sujetos genera en el otro una sensación de traición que acaba expresándose en un reproche estrictamente personal. Cuando ello ocurre, es relativamente frecuente que un sujeto acabe retirando la palabra, la interlocución, al otro sujeto. Es el itinerario popularmente conocido como «del amor al odio...»; y que aquí podríamos traducir en «del consenso a la disputa y de la disputa a la no-interlocución». Repito lo dicho, en estas circunstancias, la primera tarea del mediador es recuperar la interlocución, aunque sea en términos de un lenguaje netamente actoral. El paso siguiente será procurar que los sujetos transiten del lenguaje actoral propio de las disputas hacia un lenguaje temático apropiado para desarrollar un buen debate negocial. Esto es, una vez creado el marco de debate, el mediador deberá procurar que el debate sea productivo en términos negociales.

También tiene pleno sentido que recurra a los servicios de un mediador aquel sujeto que estando dispuesto a negociar no consigue que su interlocutor abandone el lenguaje netamente actoral, bien sea porque no es capaz de mantener controlado su enfado, su reproche, su frustración; bien sea porque aprovecha «esas circunstancias» para constituirse en un negociador «duro» que exige concesiones previas para empezar

a negociar. El primero de estos supuestos, podemos reconducirlo al caso anterior. Centrémonos mejor en el segundo. Imaginemos una situación de conflicto en la que uno de los interlocutores usa una supuesta ofensa para constituirse en un negociador duro. Pensemos en la liquidación de una sociedad, en la renegociación de una deuda, en la partición de una herencia o cualquier otra situación de conflicto semejante. Uno de los negociadores acude al lenguaje de la culpa, la dignidad, la traición, etc., para anclarse en una posición favorable. En un contexto meramente negocial, ese es un lenguaje de imposición porque —ya lo hemos dicho— usa los términos propios del ámbito de lo «no negociable» y los incorpora a la negociación con la finalidad de sacar ventaja, para conseguir imponerse. Si el interlocutor juega el mismo juego y la relación es relativamente equilibrada, entonces se produce un choque entre dos negociadores duros. Este caso no es especialmente interesante para la mediación, porque el choque de dos negociadores duros desemboca o bien en una neutralización, o bien en un aplazamiento de la negociación a la espera de que se produzca el desgaste de uno de los dos interlocutores. Mientras ambos ejerzan de negociadores duros, ninguno de ellos buscará los servicios de una genuina mediación. Lo que sí puede ocurrir es que cualquiera de ellos inste estratégicamente una mediación meramente prejurisdiccional.

A diferencia de este caso, en el de los dos negociadores duros, sí tiene pleno sentido que un interlocutor acuda a la mediación cuando se encuentra con que mientras que él está perfectamente dispuesto a negociar en términos temáticos, la contraparte se mantiene enrocada en formas de interlocución estrictamente actorales (de pura disputa). En estos casos, el mediador deberá conseguir construir el marco de interlocución adecuado para que el debate negocial tome formas objetuales y la cuestión conflictiva no resulte simplemente evadida.

De todo lo dicho hasta aquí pueden extraerse, me parece, una *moraleja* y una *paradoja*. La moraleja podría expresarse más o menos en los siguientes términos: si se acepta que la mediación trata de suplir déficits de racionalidad de los sujetos involucrados en una negociación, entonces ocurre que el actor más dispuesto a debatir sensata y objetualmente las posibilidades de alcanzar un acuerdo (quien menos déficits de racionalidad presenta) es quien más necesidad siente de la intervención de un mediador. Es decir, el negociador que se encuentra con un interlocutor incapaz de desarrollar un debate negocial solvente es quien más interés tiene en que intervenga un mediador. El incentivo para recabar la mediación está del lado del actor más dispuesto a explorar las posibilidades de una solución acordada (es decir, del actor menos necesitado de la mediación). Y esta moraleja, de ser acertada, lleva directamente a la siguiente parado-

ja: si un ordenamiento jurídico obliga a instar la mediación como requisito para poder interponer una demanda (para poder litigar), entonces ocurre que el actor menos dispuesto a la negociación y más inclinado a acudir a la jurisdicción es quien tiene el incentivo mayor para recabar los servicios de un mediador. En ello radica el riesgo antes referido de que acabe produciéndose la desvirtuación burocrática de la incipiente mediación en España; es decir, que la mediación acabe convirtiéndose en un puro trámite para litigar.

## 4. MÁXIMAS PARA EL MEDIADOR/MÁXIMAS DE LA MEDIACIÓN

La clave de una buena mediación está, pues, en una acertada conducción del debate negocial. Y ello implica prestar especial atención a los movimientos y a los argumentos de los sujetos participantes. El núcleo central está en el control de los *impasses* (ausencias de movimiento) y de las falacias (de los malos argumentos). A continuación voy a enumerar un conjunto de «máximas» que deben guiar la conducta del mediador y que constituyen lo que podríamos llamar «principios del arte de la mediación». Esta relación de máximas y/o principios, naturalmente, quedará abierta; no tiene sentido pretender cerrarla, saturarla.

1. *El debate negocial mediado debe ser objetual, no actoral.*

1.1. El mediador debe procurar que el debate entre las partes no adopte tonos actorales. Es decir, debe empeñarse en conseguir que el debate se centre sobre todo en los objetos de conflicto[8].
1.2. El mediador puede tolerar que al comienzo de la mediación el debate adopte formas actorales de disputa siempre y cuando considere que se trata de una fase necesaria para que los actores (o algunos de ellos) puedan transitar hacia las formas de debate temáticas y objetuales. En algunas

8. Un conflicto sin objeto, en realidad, no puede ser «mediado», siempre que se tome el término «mediación» en un sentido mínimamente estricto. Si ello ocurre, si hay un conflicto sin objeto, entonces la situación en cuestión requiere, en realidad, terapia y no mediación. Por ejemplo, si alguien experimenta de manera permanente la emoción del enfado con otra persona (es decir, si la emoción no evoluciona) y no hay ningún objeto de conflicto, la persona en cuestión requiere esencialmente tratamiento, no mediación. Para verlo más claro, la envidia, el rencor, los celos, etc., pueden «acompañar» un conflicto con objeto; y cuando ello ocurre, el mediador puede intervenir procurando que esas pasiones no se descontrolen y acaben atentando contra los propios intereses del sujeto que las padece; pero cuando no hay otro objeto de conflicto distinto y separado de esas mismas pasiones «desencadenadas», entonces no hay nada que negociar, nada que acordar, y, por tanto, nada que mediar.

ocasiones puede resultar funcional que cada parte exprese lo que piensa de la otra parte, que se desahoguen recíprocamente («Le he dicho todo lo que opinaba de él/ella y me he quedado tan a gusto»). Funcional en el sentido de que puede contribuir a conseguir que se produzca la transición hacia las formas idóneas de debate negocial. Que el lenguaje de la disputa —el lenguaje conflictivo y actoral— pueda resultar transitoriamente útil o necesario no significa que sea una forma productiva de negociar.
1.3. El mediador no debe tolerar los retrocesos actorales. Una vez que se ha conseguido transitar de las formas actorales de debate a las formas temáticas, el mediador debe denunciar como falaces las argumentaciones meramente *ad hominem*. Lo que una persona *es* o deja de *ser* no puede ser nunca el objeto de una negociación.
1.4. Una vez que se ha tematizado el objeto de conflicto, las intervenciones estrictamente actorales constituyen un caso de falacia, un caso de *evasión de la cuestión*.
1.5. En términos de razones para la acción, todo lo anterior se traduce en que el mediador debe procurar que las partes mantengan controladas sus pasiones y se centren en sus intereses legítimos.
1.6. Dado que los dos actores tienen *percepciones* y *consciencia* de hallarse en una situación de conflicto, el mediador debe contribuir a que el desarrollo del debate negocial vaya progresivamente disolviendo los posibles *errores* de percepción y de consciencia en que pueden incurrir los actores[9].

9. Tomo la distinción entre *percepción* y *consciencia* del conflicto de Entelman (R. F. Entelman, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 89 ss.). Para explicarla, voy a acudir a esquemas conceptuales propios de la teoría de la argumentación. La noción de conciencia de un conflicto alude a la creencia de un sujeto de que se halla en una situación de conflicto con otra persona. La persona consciente de que está en conflicto con otra persona formula su creencia (su estado de consciencia) mediante una combinación de elementos analíticos (propios de la definición de conflicto) y sintéticos (propios de la situación concreta en la que se halla involucrado). Por ejemplo, «Estoy en conflicto con Fulano porque ambiciona mi puesto de director». Esta afirmación no es más que una conclusión (una pretensión, en la terminología del esquema de los argumentos de Toulmin [S. E. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958]) cuyo valor dependerá de las razones (los hechos, los datos particulares) que quien hace la afirmación pueda alegar para sustentarla, para fundamentarla. Por ejemplo, «sé que Fulano ambiciona mi puesto de director *porque* me lo dijo Mengano», «... *porque* escuché a Fulano cuando se lo decía a Perengano» o «... *porque*, en la última reunión del consejo, Fulano se dedicó a criticar todas mis actuaciones como director para desacreditarme ante los demás consejeros», etc. Estos ejemplos de «datos», «hechos» o «razones» ilustran la noción de «percepción del conflicto». La distinción entre percepción y consciencia resulta útil para analizar tanto los conflictos temáticos u objetuales (como el del ejemplo del puesto de director) como para los netamente actorales. Expresiones de

2. *El mediador debe contribuir a aclarar la naturaleza del conflicto de que se trata.*

2.1. Más allá de lo anterior, es decir, de los posibles errores de percepción y de consciencia en que puedan incurrir los actores del conflicto, es común que las narraciones del conflicto (de los hechos pasados acaecidos y de los hechos futuros previstos) que las partes aportan al debate no resulten consistentes entre sí. El mediador debe estar atento a que las narraciones de hechos vayan progresivamente aproximándose al ideal de la objetividad. Esto es, que en el desarrollo del debate se vayan desechando las afirmaciones sin fundamento[10].
2.2. El mediador debe contribuir a racionalizar las discusiones que son el producto de discrepancias valorativas. En efecto, en muchas ocasiones, las discrepancias entre las partes no se refieren tanto a hechos cuanto a juicios de valor. Por ejemplo, si en una compraventa de un aparato eléctrico el objeto que se entregó funcionaba o no funcionaba es una pura discrepancia relativa a los hechos del conflicto. Pero en muchas ocasiones, las cosas no están tan claras, pues las descripciones que las partes aportan involucran valoraciones. Para poder racionalizar la discusión valorativa, la discusión que involucra juicios de valor, es muy importante que dichos juicios se fundamenten también en hechos. Por ejemplo, una afirmación del tipo «me humilló» tiene que fundarse en hechos cuya descripción no incluya la valoración que implica ya la humillación. Esta operación es fundamental para que las discusiones que involucran juicios

consciencia de un conflicto actoral como, por ejemplo, «me ha humillado», «me odia» o «no valora mi trabajo» piden también hechos, datos y/o razones que las apoyen. La importancia de esta distinción en el análisis y comprensión de los conflictos está fuera de duda porque queda claro que los errores de percepción pueden generar errores de consciencia.

10. En el análisis de los conflictos es muy importante saber entender correctamente la dialéctica que se produce entre «el sentido y el contenido que un actor atribuye a su acción» y «el sentido y el contenido que la contraparte atribuye a esa misma acción». Naturalmente, las narraciones que cada parte aporta al debate mediado tienden a no coincidir y ello genera una tensión característica entre pares de opuestos construidos a partir del objeto de conflicto. Me refiero a oposiciones como *violencia ejercida*/*violencia percibida*, *daño producido*/*daño experimentado*, *ofensa cometida*/*ofensa sentida*, etc. La jurisdicción está construida sobre dos bases esenciales: una, que es posible objetivar una versión correcta de lo ocurrido, es decir, es posible conocer qué ocurrió realmente; y, dos, que esa versión se impone a las partes por un juez que ejerce de tercero imparcial. La primera de estas dos asunciones de la jurisdicción no es cuestionada por la mediación. Al contrario, más bien debe ser asumida: debatiendo «correctamente» sobre lo ocurrido pueden ir produciéndose progresivamente aproximaciones a lo que ocurrió realmente.

de valor puedan ser racionalizadas y no se conviertan en un puro y simple diálogo de sordos[11].

2.3. El mediador debe contribuir a contrarrestar la tendencia a la mistificación (deformación, ocultación) que el lenguaje del conflicto tiende a producir en los actores. Más allá de la pura falsificación de los hechos, el mediador debe estar atento ante las dos grandes mistificaciones que tienen que ver con el papel de los principios en el argumentario conflictual. La primera mistificación consiste en presentar como una cuestión de principios lo que no es más que una pura cuestión de «precio o coste». La segunda mistificación es la operación inversa: presentar como una cuestión de mero «precio o coste» lo que, en realidad, es una cuestión de principios[12].

11. Aclarar qué sean los valores es algo extraordinariamente complejo que desborda por completo las pretensiones de este libro. Pero a efectos prácticos y simplificando mucho las cosas, sí conviene introducir una pequeña explicación. Los valores pueden definirse como *propiedades* de las cosas, de los estados de cosas, de las personas y de las acciones que nos permiten emitir juicios de *preferibilidad* y/o de *adhesión*. Tienen, pues, una dimensión subjetiva y otra objetiva. La subjetiva tiene que ver con la adhesión del sujeto; la objetiva, con las propiedades del objeto de valoración. Por ejemplo, si alguien afirma que un cierto reloj es muy bueno, resulta evidente que esa persona nos está informando de su propia actitud hacia el reloj. Este es el aspecto subjetivo de los juicios de valor. Pero si a esa misma persona le preguntamos por qué considera que se trata de un buen reloj, entonces sus respuestas pertinentes tienen que ir más allá de sus actitudes y aludir a las propiedades observables del reloj que justifican dicho juicio, tales como que sea sumergible, resistente a los golpes, que sea preciso, etc. Esta dimensión objetiva de los valores vinculada a las propiedades de los objetos de valoración es fundamental para poder racionalizar las discrepancias y las discusiones valorativas.

12. Entelman distingue tres tipos de objetos de conflicto: los concretos, los simbólicos y los trascendentes. Los concretos suponen que el actor que los obtiene «consigue un aumento finito de bienes valiosos». Cobrar un crédito, conseguir la custodia de un menor, un aumento de salario ilustran disputas sobre objetos concretos, tangibles. En los objetos simbólicos ocurre que, aunque tienen una base tangible, la satisfacción que busca el actor nunca es reducible a esa base concreta. Piénsese, por ejemplo, en un conflicto generado porque alguien considera que no se valora suficientemente su trabajo. El salario es un factor de valoración, pero la valoración del trabajo no es reducible al salario, al precio. Finalmente, habla de objetivos trascendentes de los actores cuando la satisfacción que buscan se independiza completamente de los objetos concretos. Eso ocurre, por ejemplo, cuando alguien piensa que debe cobrar una deuda íntegramente (aunque tal vez acabe no cobrando nada) «porque es una inmoralidad inaceptable que la contraparte retenga parte de esa deuda» (R. F. Entelman, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, cit., pp. 99 ss.). Lo importante de esta distinción consiste en que permite mostrar cómo respecto de un mismo objeto de conflicto pueden desarrollarse tres actitudes diferentes. Estas actitudes podríamos llamarlas, respectivamente, mercantil, política y moral. Si bien se considera que estas tres actitudes son el resultado de una interacción entre intereses y valores (y/o principios); y, bien mirado, son reducibles a dos: a la actitud mercantil (que trata el objeto como intercam-

3. *Los movimientos requieren argumentos.*

3.1. En una negociación, los movimientos (y la ausencia de movimientos) son siempre el producto de actos de voluntad. Por ello, al final de una negociación, tanto el acuerdo como la falta de acuerdo son siempre una cuestión de voluntad de las partes. Este es el punto de verdad ineliminable sobre el que está construida la concepción meramente posicional de la negociación. Ahora bien, por definición, una negociación mediada no puede ser nunca solo eso; si fuera así, la mediación carecería de sentido.
3.2. La mediación exige que los movimientos o la ausencia de movimientos vaya acompañada de argumentos. En general, dichos argumentos deben responder a las dos preguntas prácticas por excelencia: «¿por qué?» (pregunta que interpela por los hechos del pasado y por los estándares intrínsecamente correctos) y «¿para qué?» (pregunta que interpela por los hechos del futuro —las consecuencias de las acciones y de las decisiones— y por lo deseable).
3.3. La finalidad que persigue la introducción de argumentos en una negociación mediada es doble: por un lado, permite a cada actor *justificar* ante la contraparte los propios movimientos (es decir, mostrarle que se trata de movimientos legítimos); y, por otro, permite a cada actor *persuadir* a la contraparte de que las pretensiones negociales que se le ofrecen son aceptables.
3.4. Apelar a la pura y simple voluntad no es dar un argumento y además implica siempre llevar el debate negocial al terreno puramente actoral. «Porque no», «porque no me da la gana», «porque no quiero y punto», etc., son intervenciones meramente actorales que en nada contribuyen a un buen debate negocial mediado. En realidad, estas formas de rechazo nada tienen que ver con intervenciones temáticas del tipo «tu propuesta es inaceptable porque...». El mediador debe estar atento para evitar que se produzcan choques meramente actorales y volitivos.
3.5. Lo anterior no es solo una mera cuestión de formas, de palabras; de distinguir entre lenguaje apropiado y lenguaje inapropiado. No es una cuestión meramente formal (aunque las formas sean extraordinariamente importantes). Se trata de algo más profundo y significativo: lo relevante es lo que denota el uso de ciertas palabras. El problema no está en

biable, negociable) y a la actitud moral (que trata el objeto como no intercambiable, no negociable). Ello es así, porque la que he llamado actitud política es, en realidad, el producto de una situación ambigua que está pendiente de decantarse por una alternativa o por la otra. Por ello, el mediador debe estar atento porque en este dominio es en el que se producen principalmente las mistificaciones arriba referidas.

usar la expresión «¡porque no!», sino en lo que ella generalmente expresa: que la mera voluntad es la «única» fuente de justificación de las propias acciones y decisiones[13].

3.6. La mera presencia de un mediador hace que el debate negocial se produzca ante un testigo; y ello por sí solo genera consecuencias. Además, si se trata de un buen mediador, es decir, de un sujeto con capacidad para «leer» las diversas situaciones en que se hallan las partes, entonces su mera presencia incrementa la calidad argumentativa del debate negocial. ¿Por qué? Porque la presencia del mediador tiende, por un lado, a inhibir la inclinación de las partes a cometer falacias cuando se defienden los propios intereses; y, por otro, porque en caso de que las falacias se produzcan tiende a restarles eficacia persuasiva. Y al revés, la mera presencia de un buen mediador añade valor a los buenos argumentos y tiende a incrementar su eficacia persuasiva[14]. Por decirlo en términos habermasianos (esto es, en términos de la teoría de la acción comunicativa), la presencia de un buen mediador contribuye a que se incremente la disposición de las partes a someterse «a la coacción no coactiva del mejor argumento»[15].

13. Aunque se ha hecho un uso muy superficial y frívolo de «lo políticamente correcto», el tipo de preocupación que aquí se está expresando es muy semejante a la que estaba detrás de dicha idea. «Lo políticamente correcto» apela a las condiciones de continuidad del debate político y rechaza, en consecuencia, aquello que tiende a destruirlo y/o degradarlo en términos de calidad. La interpretación frívola y superficial de «lo políticamente correcto» lo presenta como que se tratara de una mera cuestión de formas y de palabras; como que ciertas palabras no pudieran (no debieran) pronunciarse; como una mera cuestión de censura; cuando, en realidad, no va de eso. Aquí, parafraseando la fórmula de «lo políticamente correcto», podríamos introducir la idea de un «*lenguaje negocialmente correcto*», pero siempre teniendo claro que no es una cuestión meramente ritual y que no consiste solo ni mucho menos en proscribir (censurar) el uso de ciertas palabras.

14. En este punto conviene recordar la distinción entre *validez* y *eficacia* de un argumento. En términos generales, suele decirse que un argumento es válido cuando respeta las reglas de la racionalidad desde las que es evaluado. La validez de un argumento es, pues, una cuestión de racionalidad (ya se trate de una racionalidad formal, material o pragmática). La *eficacia* de un argumento es una cuestión más bien psicológica. Alude al impacto persuasivo que tiene un argumento en ciertos sujetos concretos. Ch. Perelman distinguía entre la *argumentación convincente* dirigida al *auditorio universal* (válida) y la *argumentación persuasiva* dirigida a un *auditorio particular* (eficaz). Cf. Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989, pp. 70 ss.

15. «Someterse a la coacción no coactiva del mejor argumento» es el postulado esencial de la acción comunicativa y de la teoría del discurso. Escribe Habermas: «Llamamos *argumentación* al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto controvertidas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas mediante argumentos. Un *argumento* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la *pretensión de validez* de la manifestación problematizada. La fuerza de una argumentación

4. *La superación de las situaciones de* impasse *negocial requiere transitar de la controversia a la deliberación.*

4.1. En el debate negocial mediado, la fase controversial es aquella en la que se tematiza el conflicto y en la que cada parte va fijando lo que pretende obtener de la contraparte y, en consecuencia, se lo va dando a conocer. Es también la fase en la que se van sucediendo los movimientos (las aproximaciones) y los argumentos que los acompañan.
4.2. El debate negocial se atasca cuando las respectivas posiciones de las partes han quedado perfectamente fijadas (aclaradas) y el conjunto de argumentos que acompaña a dichas posiciones parece estar saturado. El síntoma más claro de saturación argumentativa es la mera repetición[16]. El mediador debe estar atento para evitar que el debate negocial se atasque y pierda su nervio creativo.
4.3. Cuando la dinámica controversial se para, es decir, cuando ningún participante hace ningún movimiento (ni ofrece ni acepta) y tampoco aporta nuevos argumentos, el mediador debe procurar que el debate controversial derive hacia las formas propicias del debate cooperativo;

se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Esta se pone de manifiesto [...] en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez de que se trata. Sobre este trasfondo podemos juzgar también la racionalidad de un sujeto capaz de lenguaje y de acción según sea su comportamiento [...] como participante en una argumentación» (J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010, p. 42).

16. Tal vez valga la pena estipular la distinción entre «*insistir en un argumento*» y «*reiterar o repetir un argumento*». *Insiste* en un argumento aquel sujeto que cree que la contraparte no ha considerado suficientemente (no ha reflexionado como se merece sobre) el argumento que se le ha expuesto. Conforme a esta estipulación, la insistencia sería legítima por cuanto trata de hacer frente a la cerrazón (a la sordera) argumentativa. Además, la insistencia sigue siendo argumentativamente creativa por cuanto supone que el sujeto que insiste tiene que ir «coloreando» y precisando mejor el propio argumento. Por el contrario, la mera *repetición* es síntoma de *impasse* argumentativo y negocial. Si se acepta esta estipulación, se aceptará también que, en términos argumentativos, no es lo mismo «*ser pesado*» que «*ser insistente*»: el primero reitera sin justificación, el segundo, con ella. Otra forma de decir lo mismo sería formularlo en términos de las reglas del discurso práctico general de R. Alexy. Dentro de las reglas de la carga de la argumentación, la regla 3.3. establece que «quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos» (R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989, p. 192). Pues bien, la estipulación aquí asumida podría formularse del siguiente modo: «insiste en un argumento» (reitera justificadamente un argumento) aquel sujeto cuyo argumento no ha sido debidamente refutado con contraargumentos; por el contrario, repite un argumento aquel sujeto que «se hace el sordo» ante el contraargumento.

es decir, hacia la «exploración conjunta», hacia la deliberación. Las tormentas de ideas ocupan un papel privilegiado en este ámbito.

4.4. Las situaciones de *impasse* controversial muestran el valor añadido que puede aportar la mediación frente a la mera negociación. En efecto, la tarea del mediador consiste en asegurarse que no se produzca la ruptura de la negociación por déficit de «exploración» conjunta.

4.5. A este respecto, el mediador puede jugar un papel esencial proponiendo a las partes recurrir a estándares imparciales e intersubjetivamente válidos como forma de superar las distancias que separan las respectivas posiciones. Conseguir que las partes colaboren en la formulación de los referidos estándares que pueden resolver la controversia es un componente fundamental del éxito del buen mediador[17].

4.6. El mediador que consigue que una negociación se cierre sin déficit de exploración (da igual ahora que sea con acuerdo o sin él) es un sujeto que ha satisfecho las expectativas vinculadas a su rol profesional.

## 5. LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DE NEUTRALIDAD Y DE IMPARCIALIDAD

La mediación gira en torno a la idea de acuerdo entre las partes, de pacto. El valor de los pactos, su validez, procede —como es sabido— del hecho de que son expresión del ejercicio de la autonomía de los sujetos que participan. Por ello, los pactos son siempre voluntarios. Un pacto no voluntario simplemente no es un pacto. Podemos expresarlo de diferentes maneras, pero el sentido es siempre el mismo: no es un pacto válido, no cuenta como un pacto, es un pacto nulo, etc. Si ello es así, el respeto a la autonomía de las partes es central en todo el proceso de la mediación. La mediación sin respeto a la autonomía —podría decirse nuevamente— no es mediación. Ahora bien, el mediador interviene no tanto en el pacto cuanto en la negociación del pacto, en el debate orientado a alcanzar el pacto. La negociación es fundamentalmente el proceso; el pacto alcanzado es el final, el producto, de la negociación. Tener claro esto será muy importante para entender bien cómo operan los principios

17. Piénsese que, en muchas ocasiones, los *impasses* se producen por puros problemas de conocimiento; en estos casos, el mediador puede jugar un papel muy importante. Por ejemplo, imagínese que en una negociación sobre una pensión de alimentos, lo que obstaculiza el avance de la misma no es tanto la cuantía de la pensión cuanto una discrepancia previa a propósito de la diferencia del coste de la vida en la ciudad del sujeto llamado a pagar y el de la ciudad del sujeto llamado a cobrar. El mediador directamente puede proponer instancias imparciales a las que acudir para resolver la cuestión o puede conseguir que las partes cooperen en la búsqueda y determinación de dichas instancias.

deontológicos de neutralidad e imparcialidad en relación con la conducta del mediador.

Es relativamente común equiparar los principios de neutralidad y de imparcialidad[18]. Así, muchas veces se oyen cosas tales como que un sujeto imparcial es el que es neutral; o que la imparcialidad, al igual que la neutralidad, exige equidistancia entre las partes o que el sujeto imparcial es el que no se compromete con ningún resultado del conflicto, etc. Todo ello, constituye un error que lleva a confundir las exigencias normativas derivadas de uno y otro principio. Naturalmente, ambos principios comparten muchas cosas. Entre otras, por ejemplo, su capacidad para fundamentar los casos de conflictos de intereses y las causas de abstención aplicables a los mediadores. Pero de ahí no se sigue que ambos principios, el de neutralidad y el de imparcialidad, exijan exactamente lo mismo.

En su núcleo central de significación, tanto la neutralidad como la imparcialidad aluden, en general, a las actitudes de terceros en relación con otros sujetos que son parte en un conflicto. En este sentido, ambos principios están comprometidos con la idea de igualdad: la actitud opuesta a la del tercero neutral es la del aliado o la del partidario; y la actitud opuesta a la del tercero imparcial es la actitud de parcialidad (la de un sujeto parcial). Ambos opuestos nos transmiten de manera patente la idea de que el sujeto del cual se predica la alianza o la parcialidad no tiene (o ha perdido) la condición de tercero en relación con los actores del conflicto. Y ello significa que no trata (o ha dejado de tratar) a los referidos actores del conflicto con igualdad. Si esto es así, podemos fijar de manera relativamente clara lo que comparten ambos principios, lo que tienen en común: *a*) Ambos principios se refieren a las actitudes y conductas de sujetos que juegan el rol de terceros en relación con un conflicto entre partes. Y *b*) las exigencias predicables tanto del tercero neutral como del tercero imparcial están vinculadas con la idea de igualdad de trato hacia las partes protagonistas del conflicto. Por ello, como decía antes, ambos principios permiten fundamentar las diferentes causas de abstención aplicables a los mediadores.

Ya sabemos lo que comparten los principios de neutralidad y de imparcialidad. Pero antes de entrar a analizar lo que los diferencia, conviene

18. Me he ocupado en diversas ocasiones del principio de imparcialidad. En este sentido, veánse J. Aguiló Regla, «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad»: *Revista jurídica de les Illes Barlears*, 10 (2012); «Imparcialidad judicial y aplicación de la ley», en *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008; «De nuevo sobre 'Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'»: *Jueces para la democracia*, 46 (2003); e «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica»: *Isonomía*, 6 (1997).

detenerse, aunque sea brevemente, a exponer un *prejuicio* muy extendido en relación con dichos principios y que, si no se aclara, puede llegar a enredar bastante. El prejuicio consiste en creer que las exigencias normativas derivadas del rol de tercero imparcial y/o neutral se satisfacen simplemente por el hecho de que el sujeto que ocupa esa posición no incurra en ninguna causa de abstención y/o no experimente ningún conflicto de intereses en relación con las partes del conflicto. Este dato, la ausencia de conflicto de intereses, es sin duda condición necesaria de la neutralidad y de la imparcialidad, pero nunca es, desde luego, condición suficiente. Por ello, la neutralidad y la imparcialidad no pueden quedar simplemente reducidas a la definición del estatus de tercero, sino que exigen esclarecer el rol vinculado a dicho estatus. Pues quien «traiciona» el rol de tercero neutral y/o imparcial «pierde» el estatus de tercero.

Para explicar bien lo que trato de decir, voy a recurrir a la figura del *magnetismo conflictual*: «Imagino el magnetismo conflictual —escribe Entelman— como una 'fuerza de atracción' ejercida por el centro de cada campo del conflicto y que tiene un radio de acción desde su núcleo hasta una zona que bordea los límites del sistema social en conflicto»[19]. Lo que la imagen del magnetismo conflictual refleja es el hecho de que la dinámica conflictual genera una tendencia que lleva a cada parte a tratar de atraer para sí a los terceros, de manera que acaben convertidos en aliados. A esta «fuerza centrípeta» hay que añadir además una «fuerza centrífuga» generada por cada contraparte. Ello es así porque cuando una parte fracasa en su intento de atraer para sí al tercero, acaba arrojándolo hacia el campo rival. La expresión popular de dicha máxima de experiencia se condensa en el conocido «conmigo o contra mí». En otras palabras, la imagen del magnetismo conflictual representa bien la tendencia de las partes en conflicto a no tolerar la persistencia del rol de tercero en relación con el conflicto en el que están involucrados. ¿Qué implicaciones tiene todo ello? Pues que, por continuar con el lenguaje (y las metáforas traídas) de la física, para que un sujeto pueda conservar su estatus de tercero en un conflicto, tiene que «consumir energía». Si no consume energía para seguir jugando ese papel, el tercero en cuestión acabará siendo «atraído» o «arrojado» a la situación de aliado o de partidario. El prejuicio consiste, pues, en creer que el rol de tercero surge «naturalmente» en cualquier sujeto que no sienta (no protagonice) un conflicto de intereses en relación con el caso en cuestión. Cuando, en realidad, la situación es más bien la inversa: lo «natural» es que las partes en conflicto tiendan a

19. R. F. Entelman, *Teoría de conflictos*, cit., p. 136.

no tolerar la posición del tercero neutral y/o imparcial. En consecuencia, para conservar dicha posición en relación con un conflicto, el sujeto no puede «relajarse», debe estar atento, prestar cuidado y no escatimar esfuerzos. La neutralidad y la imparcialidad no surgen «naturalmente» de la posición de tercero. La realidad es, más bien, la inversa: definimos la posición de tercero por el compromiso del sujeto con los principios de imparcialidad y de neutralidad. Si todo lo dicho hasta aquí es acertado, entonces los referidos principios tienen que traducirse en un deber del mediador, en un deber de neutralidad y en un deber de imparcialidad. Veamos ahora en qué consisten estos deberes.

En primer lugar, tratemos de trazar las diferencias entre neutralidad e imparcialidad predicadas respecto del rol de cualquier tercero en un procedimiento. Generalmente, al tercero que actúa en un procedimiento se le exige neutralidad cuando su papel de tercero consiste precisamente en no decidir el resultado del conflicto o de la contienda; y, por el contrario, se le exige imparcialidad cuando su rol de tercero consiste precisamente en decidir. Por eso, muchos procedimientos que requieren la presencia de un tercero suelen exigir tanto la neutralidad como la imparcialidad pero respecto de momentos y aspectos diferentes dentro del mismo proceso. Para explicarlo bien pensemos, por ejemplo, en el papel de tercero que juega el árbitro de un partido de fútbol. El árbitro debe ser neutral respecto del resultado del partido, y ello se traduce en el deber de «no decidir» dicho resultado. El árbitro neutral es el que no decide el resultado, el que no trata de influir en él. Sumar goles y controlar si han transcurrido 45 minutos de juego no es decidir el resultado, es contar y medir. Sin embargo, en relación con el desarrollo del juego, su rol de tercero consiste en ser imparcial; es decir, en decidir «correctamente» cosas tales como si una cierta acción es falta o no; o si una jugada acaba en gol válido o no; o si en una situación determinada el delantero está en fuera de juego o no. A la hora de determinar si la «entrada» que un jugador le hace a otro es merecedora de tarjeta roja o no, el árbitro no debe ser neutral (equidistante) entre agresor y agredido; lo que se le exige es que sea imparcial. Y debe ser imparcial porque está llamado a decidir la situación concreta conforme a criterios de corrección. En este sentido, el árbitro está comprometido con la verdad de los hechos y con la corrección de la decisión. Es decir, el papel de tercero que juega el árbitro de un partido de fútbol parece exigirle que sea neutral respecto del resultado del partido (es decir, respecto de lo que tiene prohibido decidir) e imparcial respecto del desarrollo del juego (es decir, respecto de lo que sí está llamado a decidir). Si bien se considera, la imparcialidad del árbitro en el desarrollo del partido puede «afectar» al resultado final porque, por

ejemplo, puede verse «obligado» a pitar tres penaltis a favor de un mismo equipo. Ahora bien, lo que la imparcialidad le exige es que decida cada situación únicamente considerando los hechos y el reglamento; y lo que la neutralidad le exige es que tome esas decisiones haciendo abstracción del resultado del partido. En definitiva, el principio de neutralidad veda al tercero determinar intencionalmente aquello que no le corresponde decidir; y el principio de imparcialidad le obliga a decidir lo correcto respecto de aquello que sí está llamado a decidir. Por ello, la idea de imparcialidad remite siempre a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantiva, mientras que la de la neutralidad, no. Proyectemos lo anterior sobre el papel del mediador.

El deber de neutralidad prohíbe al mediador tratar de condicionar la voluntad de las partes; es decir, le prohíbe tratar de determinar el contenido del acuerdo. Cualquier forma de intervención, presión o condicionamiento orientado a modificar el contenido del acuerdo al que pudieran llegar las partes supondría un incumplimiento del deber de neutralidad. Veamos el porqué. Los pactos, su legitimidad y/o su obligatoriedad, están fundamentados en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ello supone que, dentro del ámbito de lo permitido, aquello que las partes acuerden es siempre legítimo; es decir, es obligatorio entre ellas. Si esto es así, va de suyo que las partes pueden alcanzar una pluralidad de pactos posibles; donde todos ellos son igualmente correctos, pues todos están permitidos por el Derecho en la misma medida. Pero de ahí no se sigue que todos esos pactos beneficien por igual a las dos partes. Sin embargo, ello no afecta al mediador, pues para él, lo que las partes pacten voluntariamente *es* «lo correcto». En definitiva, el principio de neutralidad prohíbe al mediador intervenir para tratar de condicionar en un sentido u otro el contenido del pacto. La neutralidad le obliga a no intervenir, a no entrometerse. Si se entrometiera, violaría, pues, su deber de neutralidad.

Ahora bien, el mediador, el tercero mediador, no tiene solo un deber de neutralidad, tiene también un deber de imparcialidad. Y este último deber se proyecta fundamentalmente en dos grandes direcciones. La primera dirección involucra la idea de que solo son válidos los acuerdos cuyo contenido no está prohibido por el Derecho, es decir, cuyo contenido está jurídicamente permitido. En este sentido, el mediador, el buen mediador, está comprometido con *la pretensión de corrección* en el sentido de controlar que los acuerdos que las partes alcancen no violan lo prescrito por el llamado «Derecho necesario» (el Derecho no disponible). En definitiva, el mediador —conforme a lo ordenado por el principio de neutralidad— no debe influir en la elección que las partes hagan dentro de los pactos permitidos, pero —conforme a lo ordenado por el prin-

cipio de imparcialidad— está comprometido a impedir que se alcancen acuerdos estrictamente prohibidos por el Derecho o que «violenten» los principios jurídicos que rigen y justifican los acuerdos entre partes (autonomía de la voluntad, abuso de derecho, consensualidad, enriquecimiento sin causa, error, etc.). Junto a ello, el deber de imparcialidad del mediador se proyecta también en otra gran dirección. En efecto, el deber de imparcialidad obliga al mediador a intervenir para controlar la violación de las reglas del juego limpio durante el debate negocial. Durante el proceso, durante la negociación asistida, el mediador está comprometido con la erradicación del abuso y de la mera imposición actoral. El mediador debe, pues, intervenir de manera imparcial, aplicando criterios de corrección, para construir un marco de debate aceptable, correcto. En este momento conviene recordar algo que se dijo ya hace algunas páginas. El punto de partida para entender la mediación es que los actores del conflicto, los sujetos que intervienen en la negociación, presentan algún déficit de racionalidad que les impide abordar de manera completamente autónoma el proceso negocial. Idealmente, la negociación puede ser concebida como un caso de justicia procesal pura[20]; en el sentido de que no hay criterios independientes de la voluntad de las partes para determinar el resultado correcto de una negociación. Pero no debemos olvidar que la mediación es un caso de negociación «asistida» por un tercero neutral e imparcial porque las partes no «pueden» por sí solas explorar autónomamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como solución del conflicto. Es decir, porque presentan algún déficit de racionalidad

20. John Rawls distinguió tres formas de justicia procesal: la pura, la perfecta y la imperfecta. Se habla de «justicia procesal pura» cuando la justicia de un resultado viene dada exclusivamente por el procedimiento seguido para obtenerlo, sin que haya criterios independientes del propio procedimiento para evaluar dicho resultado; es decir, la justicia de un resultado es una variable exclusivamente dependiente del procedimiento seguido (Rawls pone el ejemplo de los juegos de azar; los acuerdos negociados sería otro). En la «justicia procesal perfecta» se trata de un procedimiento infalible que conduce a resultados justos según criterios independientes; es decir, hay criterios independientes del propio procedimiento para determinar lo que es justo y el procedimiento está especialmente diseñado para asegurar dicho resultado (piénsese, por ejemplo, en el reparto de una tarta y en la regla procesal de que quien corta la tarta elige el último). Y, finalmente, la «justicia procesal imperfecta» supone que el procedimiento tiende a producir resultados justos, pero no es infalible, no es posible diseñar un procedimiento que asegure la justicia del resultado en todos los casos; es decir, hay criterios independientes del procedimiento para valorar la justicia del resultado y el procedimiento, aunque esté especialmente diseñado para producir dichos resultados justos, no puede asegurar el valor de los mismos (piénsese, por ejemplo, en el procedimiento de un juicio penal). J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. de M. D. González, FCE, México, 1979, pp. 106 ss.

que les impide negociar de manera completamente autónoma. Esa es la razón de fondo que justifica la intervención del mediador.

Como se ve, y más allá de su «aparente» semejanza, los principios de neutralidad y de imparcialidad apuntan en direcciones «opuestas». El principio de neutralidad prohíbe intervenir al mediador; el de imparcialidad, le obliga a intervenir. En muchos casos, la aplicación de ambos principios no resulta problemática porque no se genera un conflicto entre ellos. Pero, naturalmente, en no pocas ocasiones, el mediador puede verse obligado a actuar en direcciones opuestas conforme a cada uno de los referidos principios. Por ejemplo, porque la igualdad interpretada desde la imparcialidad le dice que debe evitar un cierto desequilibrio que previsiblemente se va a producir y la igualdad interpretada desde la neutralidad le dice que debe abstenerse de intervenir. ¿Cómo proceder entonces? Pues como se procede cuando hay un conflicto entre principios: ponderando ambos principios para el caso en cuestión, viendo cuál de los dos principios pesa más. En los últimos tiempos se ha escrito y discutido mucho (muchísimo) sobre la ponderación de principios. Yo no me voy a detener a reproducir aquí dicha discusión. Al respecto tan solo quiero afirmar con rotundidad dos ideas. La primera es que justificar ponderando no es nada distinto de justificar aplicando los argumentos del mal menor y/o del mal necesario para el caso concreto[21]. Y la segunda idea que resaltar es que la ponderación nunca es reducible a reglas y que, como consecuencia de ello, para ponderar, hay que estar dotado en algún grado relevante de la virtud de la «prudencia», en el sentido aristotélico de la expresión[22].

## 6. EL «ARTE» DE LA MEDIACIÓN

Conforme a la tradición clásica, la «técnica» (*tékhne*, en griego), o el «arte» (*ars*, en latín), forma parte del conocimiento práctico y consiste esencialmente en «saber hacer cosas», en saber crear objetos separados del propio sujeto que los crea, del propio actor. En este sentido, tanto la medicina como la retórica o la música serían indistintamente ejemplos de técnica y/o

21. En este sentido, M. Atienza, «A vueltas con la ponderación», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Granada), 40 (2007); para una visión ampliada, véanse las múltiples referencias al concepto en su *Curso de argumentación jurídica*, cit.

22. Es decir, en el sentido de la *frónesis*, de la sabiduría práctica que se expresa en una combinación de lucidez intelectual (pues hay que saber entender el mundo) y de sentido común y práctico. Se traduce en una capacidad (y/o hábito) de evaluar y elegir correctamente. O dicho en los términos anteriormente usados (y más contemporáneos): en la capacidad de ponderar los principios adaptándolos adecuadamente a las diferentes situaciones concretas.

de arte. Y, en su núcleo central de significación, la técnica o el arte aludirían a un conjunto de reglas que si el agente las sigue, acaba produciendo el objeto de que se trate. Desde esta estipulación, pues, «técnica y arte» serían expresiones sinónimas; y no cabría de ningún modo —como ocurre en gran medida en la actualidad— restringir el significado de la palabra «arte» a la producción de objetos estéticos ni tampoco reducir su uso para aludir únicamente a las «bellas artes».

De acuerdo con ello, la mediación sería, pues, tanto un arte como una técnica en el sentido de que consistiría en un conocimiento orientado a producir ciertos resultados. Este conocimiento podría, en principio, objetivarse en un conjunto de reglas técnicas o de cánones. Si el sujeto (el mediador) hace ciertas cosas, entonces se obtienen ciertos resultados. Naturalmente y como es obvio, se trata de una técnica social por cuanto el problema que la mediación enfrenta y el resultado que trata de producir son ambos de naturaleza social. El conflicto (el problema enfrentado) y el acuerdo (el resultado perseguido) solo pueden ser explicados y comprendidos en términos de una relación social. Hasta aquí todo está claro y no genera demasiados problemas: la mediación puede ser vista como una técnica, como una técnica social, como una técnica de intervención social. Sin embargo, en mi opinión, es preferible hablar del «arte de la mediación» en lugar de referirse a la «mediación como una técnica».

¿Es una pura cuestión de gustos? En parte sí y en parte no. Es una cuestión de gustos porque, como se ha visto, hay una larga tradición que permite tratar ambas expresiones como sinónimas; y la opción por una o por otra respondería a puras preferencias subjetivas. Pero, en mi opinión, sí hay razones adicionales para preferir el «arte de la mediación»; y estas razones tienen que ver con ciertas connotaciones que en muchas ocasiones se atribuyen a las expresiones «técnica», «conocimiento técnico» y «regla técnica» a diferencia de lo que ocurre con la palabra «arte». Estas connotaciones asocian de manera muy fuerte esas palabras a la noción de «racionalidad instrumental» vinculada esencialmente al conocimiento teórico. En este sentido, en muchas ocasiones se oye decir que el conocimiento técnico es objetivo, es avalorativo y es reducible a un conjunto de reglas técnicas (a algoritmos, a protocolos, etc.). Pues bien, adonde me interesa llegar es a lo siguiente: todas estas ideas son claras y no especialmente controvertidas cuando van referidas a las técnicas cuyo conocimiento está orientado a la obtención de resultados en el medio natural. Por ejemplo, cuando hablamos de las técnicas de desinfección de material quirúrgico o de las técnicas de fertilización in vitro sabemos perfectamente qué significan las nociones de conocimiento objetivo, avalorativo y protocolo de actuación. La razón es sencilla; esas

técnicas están construidas sobre la base de conocimiento teórico-científico. Pero cuando hablamos de técnicas sociales, es decir, de conocimiento orientado a conseguir resultados en el medio social, la cuestión cambia bastante. ¿Por qué? Pues porque muchas de esas «técnicas de intervención social» presuponen no tanto conocimiento teórico-científico cuanto conocimiento «práctico», es decir, conocimiento jurídico, moral y político. Y, en consecuencia, supone una mistificación «adornar» estas técnicas sociales con los predicados que con total naturalidad atribuimos a las técnicas de intervención en el medio natural[23]. Por ejemplo, frente a la idea de objetividad de las realidades naturales habrá que oponer la noción de intersubjetividad para referirse a muchas de las realidades sociales. En efecto, en el mundo social nos encontramos con múltiples realidades cuya existencia depende de nuestra creencia en ellas. Si en un determinado medio social nadie cree que la mediación es un buen método para resolver conflictos, entonces la mediación no será una técnica de resolución de conflictos. Si nadie cree en la existencia de los derechos humanos, los derechos humanos no existirán; y si, en el ámbito de un ordenamiento jurídico, nadie cree que la constitución formal es la norma suprema, entonces, en ese ámbito, la constitución formal no será la norma suprema, etc. Es decir, muchas de las realidades sociales tienen un altísimo componente convencional. Pero, además, muchas de esas convenciones incorporan una dimensión práctica y valorativa que resulta esencial para su comprensión[24]. Por otro lado, la idea de que la racionalidad instrumental respecto del mundo natural es reducible a un conjunto de reglas

23. Manuel Atienza, por ejemplo, para evitar las referidas connotaciones, ha precisado su conocida tesis de que la dogmática jurídica es una técnica social en el sentido de pasar a caracterizarla como una «tecno-praxis» (M. Atienza, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en A. Núñez Vaquero [coord.], *Modelando la ciencia jurídica*, Palestra, Lima, 2014).

24. Por ello, por la combinación del componente de intersubjetividad (convencionalidad) de las realidades sociales y de su proximidad a la idea de práctica guiada por valores, ocurre que podemos desarrollar frente a muchas de ellas una actitud esencialmente interpretativa. Por ejemplo, la mediación no es nada distinto de lo que nosotros creemos que es la mediación. En eso radica su aspecto convencional. Pero, además, si bien se considera, este libro, por ejemplo, no pretende otra cosa distinta que convencer a sus lectores de que una concepción «argumentativa» de la mediación es superior a otras concepciones más tecnicistas y/o mecánicas. En otras palabras, la tesis central del libro responde a lo anterior y podría formularse así: la interpretación argumentativa de la mediación es la mejor «versión» de la mediación. Esta actitud interpretativa, naturalmente, no se desarrolla, por ejemplo, en torno a las técnicas de desinfección del material quirúrgico; y no se desarrolla porque en ese ámbito, en el del conocimiento teórico-científico, la actitud interpretativa (y/o crítico-práctica) simplemente no tiene sentido.

técnicas que conectan antecedentes y consecuentes en la forma de «condiciones necesarias para» producir resultados constituye un verdadero lugar común. Pero eso mismo proyectado sobre el medio social no resulta en absoluto esclarecedor, porque da la casualidad de que en el ámbito social casi nada ocurre «necesariamente». Y ello es así porque la obtención de los resultados en el medio social depende de conductas «libremente» decididas por los actores. En la mediación ello es clarísimo: sin el concurso de voluntades libremente formadas por los actores no hay acuerdo posible, simplemente no se da el resultado buscado. Esta es la razón por la cual en el análisis y comprensión de la mediación nos ha resultado mucho más importante el par racionalidad-comunicativa/racionalidad-estratégica que la noción de racionalidad instrumental; pues a esta última pueden atribuírsele unas connotaciones «mecanicistas» que en todo momento he pretendido evitar.

Finalmente, hay una tercera connotación que la palabra «técnica» arrastra cuando se usa para referirse a la obtención de resultados en el medio natural (conocimiento teórico-científico) y que también he tratado de eludir al hablar de la mediación. Me refiero a lo siguiente: en la técnica que presupone solo conocimiento teórico-científico, ocurre que *a*) la objetividad de dicho conocimiento, *b*) la necesariedad de las conexiónes entre antecedentes y consecuentes y *c*) la traducción de dicho conocimiento a reglas y protocolos de actuación hacen prácticamente irrelevante la virtud o la prudencia del sujeto, del técnico. El técnico en cuanto tal, es decir, el sujeto que aplica la técnica y que sigue el protocolo, resulta irrelevante y/o intercambiable por la propia naturaleza del conocimiento implicado. Esto es así porque todo aquel que siga los pasos establecidos en el protocolo acaba alcanzando el resultado buscado. En el caso de la mediación esto no ocurre jamás: el carácter, la disposición y/o la virtud del «técnico» (en nuestro caso, del mediador) son esenciales para la obtención de los resultados. En definitiva, como he tratado de mostrar a lo largo de este libro, la mediación no es una técnica en el mismo sentido en que lo es la técnica de desinfección del material quirúrgico: en la mediación, la creatividad y la virtud del mediador tienen un protagonismo muy superior a la del protocolo de actuación. En la desinfección del material quirúrgico ocurre estrictamente a la inversa: el protagonismo está mucho más del lado del protocolo de actuación que del de la creatividad y la virtud del técnico[25].

25. A propósito de lo que acabamos de decir y tomando como referencia la distinción entre conocimiento teórico y conocimiento práctico en Aristóteles, escribe Jesús Vega: «Solo la física (la ciencia natural en el sentido amplio que Aristóteles da a ese término) y las mate-

No sé si todo lo anterior les habrá persuadido como a mí de que «el arte de la mediación» no es solo un buen título para el libro; sino de que además permite sortear algunas mistificaciones que puede generar el uso de la palabra «técnica» y sus derivados («técnico», «regla técnica», «protocolo», «herramienta», etc.) aplicados a la mediación. Los mediadores tienen a su disposición un sinfín de conocimientos relevantes y de diversa naturaleza que pueden ayudarlos a desempeñar mejor su labor. No hay duda de que el Derecho, la teoría de conflictos, la sociología, la teoría de la argumentación y de la racionalidad, la psicología, etc., componen un conjunto de conocimientos muy diferentes entre sí y muy relevantes para la tarea del mediador. Todos ellos pueden estar dotados de altas dosis de fiabilidad y pueden resultar de gran utilidad para el desempeño profesional del mediador. Sin embargo, ni la fiabilidad ni la utilidad de todos esos conocimientos sociales pueden configurar un «conocimiento técnico» capaz de hacer intercambiables a los mediadores. Una buena mediación dependerá siempre del desempeño de un buen mediador; es decir, de un sujeto con la suficiente inteligencia práctica para «leer» correctamente las diferentes situaciones sociales y para tomar las decisiones adecuadas para cada caso concreto.

máticas (la geometría como referente central) constituyen realizaciones plenas del tipo de conocimiento teórico que entraña la *episteme* [...] Solo ahí hallamos campos de conocimiento que permiten una reconstrucción racional en términos de conexiones universales y necesarias que trascienden el marco pragmático en el cual dicha construcción tiene lugar. En cambio [... en el dominio de la ciencia de la *polis*... que hoy podemos considerar equivalente a nuestra 'ciencia social'] las relaciones relevantes entre los fenómenos están *ellas mismas* ontológicamente constituidas por y entre sujetos *qua* individuos prácticos [...] Esto vuelve epistemológicamente imposible esa 'neutralización' de los sujetos [...] que distingue al saber teórico. Pues los sujetos son precisamente, además de la materia de estudio relevante, las instancias *causales* responsables de organizar los fenómenos que componen esa materia» (J. Vega, «Reglas prácticas y equidad en Aristóteles»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX [2014], pp. 424 ss.).

# BIBLIOGRAFÍA


Aguiló Regla, J., «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012).

— «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad»: *Revista jurídica de les Illes Barlears*, 10 (2012).

— «'Tener una constitución', darse una constitución' y 'vivir en constitución'»: *Isonomía*, 28 (2008).

— «De nuevo sobre 'Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'»: *Jueces para la democracia*, 46 (2003).

— «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica»: *Isonomía*, 6 (1997).

Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989.

Alzate Sáez de Heredia, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

Alzate Sáez de Heredia, R. y Merino Ortiz, C., «Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33 (2010).

Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

— «A vueltas con la ponderación»: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Granada), 40 (2007).

— *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

— «La dogmática jurídica como técno-praxis», en A. Núñez Vaquero (coord.), *Modelando la ciencia jurídica*, Palestra, Lima, 2014.

Bazerman, M. H. y Neale, M. A., *La negociación racional en un mundo irracional*, trad. de J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 1993.

Calcaterra, R. A., *Mediación estratégica*, Gedisa, Barcelona, 2002.

Calvo Soler, R., «Del alcance de la mediación», en VII Jornada de Prevenció i Mediació Comunitària. Escenaris del diàleg, Centre d'Estudis Jurídics i

Formació Especialitzada, Departament de Justicia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012.
— «Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008).
Casanovas, P., Magre, J. y Lauroba, M.ª E. (dirs.), *Llibre blanc de la mediació a Catalunya*, Departament de Justicia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.
Cattani, A., *Los usos de la retórica*, trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 2003.
Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
Elster, J., «Introduction», en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
Entelman, R. F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002.
Farré Salvá, S., *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Ariel, Barcelona, 2004.
Feinberg, J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III. *Harm to Self*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1986.
Fisher, R., Ury, W. y Patton, B., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000.com, Barcelona, 2002.
Font Barrot, A., *Curso de negociación estratégica*, UOC, Barcelona, 2007.
González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010.
Lewicki, R. J., Barry, B. y Saunders, D. M., *Fundamentos de negociación*, McGraw Hill, México, 2008.
MacIntyre, A., *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987.
Marques Cebola, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
Merton, R. K., «Social Structure and Anomie»: *American Sociological Review*, 3/5 (1938).
Ortuño Muñoz, P., «Agilización procesal, desjudicialización y mediación»: *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 10 (2012).
Páramo Argüelles, J. R. de, «Convenciones y convicciones»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24 (2007).
Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.
Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, trad. de M. D. González, FCE, México, 1979.
Ruiz de la Cuesta Fernández, S., «Análisis de la resolución judicial de la sustracción internacional de menores: su incidencia en el futuro de la mediación como modelo de resolución del conflicto» (en prensa).
Soleto Muñoz, H., Carretero Morales, E. y Ruiz López, C. (eds.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
Toulmin, S. E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.

Vega, J., «Reglas prácticas y equidad en Aristóteles»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX (2014).

Walton, D. N., *Arguments from Ignorance*, The Pennsylvania State University, Pennsylvania, 1996.

Walton, D. N. y Krabbe, E. C. W., *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, State University of New York Press, Albany, 1995.

Webb, S. G. y Ousky, R. D., *The Collaborative Way to Divorce. The Revolutionary Method that Results in Less Stress, Lower Costs, and Happier Kids – Without Going to Court*, Plume, Nueva York, 2007.